

المَغْنَى

لِمُؤَفِّقِ الدِّينِ أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ

٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

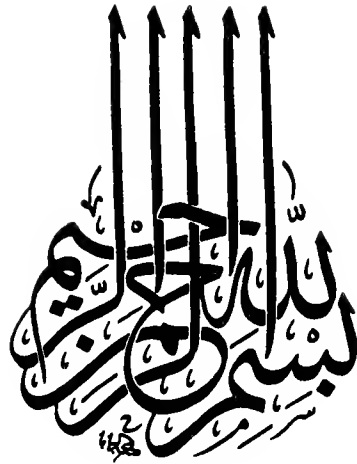
الدكتور

عبد الباقى بن عبد المحسن الترمذى

الجزء الرابع عشر

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٢٣٦
المملكة العربية السعودية

دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب القضاء

١/١١ ط

الأصل في القضاء ومَشْرُوعِيَّتِهِ الكتابُ والسُّنَّةُ والإِجْمَاعُ . أمَّا الكتابُ فقَوْلُ اللَّهِ تعالى : ﴿ يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(١) . وقَوْلُ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلْنَا اللَّهُ ﴾ ^(٢) . وقَوْلُهُ : ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(٣) . وقَوْلُهُ تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ ^(٤) . وأمَّا السُّنَّةُ ، فَمَارَوْى عَنْهُ عُمَرُ بْنُ الْعَاصِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ ^(٥) فَلَهُ أَجْرٌ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . فِي آيٍ وَأَخْبَارٍ سِوَى ذَلِكَ كَثِيرَةٍ . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ نَصَبِ الْقَضَاءِ ، وَالْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ .

فصل : والقضاء من فروض الكفايات ؛ لِأَنَّ أَمْرَ النَّاسِ لَا يَسْتَقِيمُ بِدُونِهِ ، فَكَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِمْ ، كَالْجِهَادِ وَالْإِمَامَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ حَاكِمٍ ، أَتَذْهَبُ حُقُوقَ

(١) سورة ص ٢٦ .

(٢) سورة المائدة ٤٦ .

(٣) سورة النور ٤٨ .

(٤) سورة النساء ٦٥ .

(٥) في الأصل ، ب : « وَأَخْطَأَ » .

(٦) أخرجه البخارى ، في : باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٣٣/٩ . ومسلم ، في : باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضي يخطئ ، من كتاب الأفضية . سنن أبى داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٢ ، ١٩٨/٤ ، ٢٠٤ .

النَّاسِ ! وفيه فضلٌ عظيمٌ لِمَنْ قَوِيَ عَلَى الْقِيَامِ بِهِ ، وأداءِ الْحَقِّ فِيهِ ، ولذلك جعلَ اللهُ فِيهِ أَجْرًا مَعَ الْخَطَا ، وَأَسْقَطَ عَنْهُ حُكْمَ الْخَطَا ، وَلَأنَّ فِيهِ أَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ ، وَنُصْرَةً الْمَظْلُومِ^(٧) ، وأداءِ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ ، وَرَدًّا لِلظَّالِمِ عَنْ ظُلْمِهِ ، وَإِصْلَاحًا بَيْنَ النَّاسِ ، وَتَخْلِيصًا لِبَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ ، وَذَلِكَ مِنْ أَبْوَابِ الْقُرْبِ ؛ وَلِذَلِكَ تَوَلَّاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَالْأَنْبِيَاءُ قَبْلَهُ ، فَكَانُوا يَحْكُمُونَ لِأُمَمِهِمْ ، وَبَعَثَ عَلِيًّا إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًّا^(٨) ، وَبَعَثَ أَيْضًا مُعَاذًا قَاضِيًّا^(٩) .

وقد رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لِأَنَّ أَجْلِسَ قَاضِيًا بَيْنَ اثْنَيْنِ ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عِبَادَةِ سَبْعِينَ سَنَةً^(١٠) . وَعَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ، / قَالَ : جَاءَ خَصْمَانِ يَخْتَصِمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي^(١١) : « أَقْضِ بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوَّلَى بِذَلِكَ . قَالَ : « وَإِنْ كَانَ » . قُلْتُ : عَلَامَ أَقْضَى ؟ قَالَ : « أَقْضِ ، فَإِنْ أَصَبْتَ فَلَكَ عَشْرَةٌ أَجُورٍ ، وَإِنْ أخطأتَ فَلَكَ أَجْرٌ وَاحِدٌ » . رواه سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٢) .

فصل : وفيه حَظَرٌ عَظِيمٌ وَوِزْرٌ كَبِيرٌ لِمَنْ لَمْ يُؤَدِّ الْحَقَّ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ كَانَ السَّلْفُ ، رَحِمَهُمُ اللهُ^(١٣) ، يَمْتَنِعُونَ مِنْهُ أَشَدَّ الْامْتِنَاعِ ، وَيَخْشَوْنَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ حَظَرَهُ . قَالَ خَاقَانُ بْنُ عَبْدِ اللهِ : أَرِيدَ أَبُو قَلَابَةَ عَلَى قِضَاءِ الْبَصْرَةِ ، فَهَرَبَ إِلَى الْيَمَامَةِ ، فَأَرِيدَ عَلَى

(٧) فِي ب : « الْمَظْلُوم » .

(٨) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ كَيْفِ الْقِضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٢٧٠/٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْقِضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٧٧٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٨٣/١ ، ٨٨ ، ١٣٦ ، ١٤٩ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨٦/١٠ ، ٨٧ .

(٩) تَقْدِمَ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(١٠) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَنْ ابْتَلَى بِشَيْءٍ مِنَ الْأَعْمَالِ ... ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨٩/١٠ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٢) وَعَزَاهُ صَاحِبُ الْكَنْزِ إِلَى ابْنِ عَسَاكِرَ : كَنْزُ الْعَمَالِ ٨٠٢/٥ .

(١٣) - ١٣) فِي ب ، م : « رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِمْ » .

قَضَائِهَا ، ^(١٤) فَهَرَبَ إِلَى الشَّامِ ، فَأُرِيدَ عَلَى قَضَائِهَا ^(١٥) ، وَقِيلَ : لَيْسَ هَهُنَا غَيْرُكَ . قَالَ : فَأُنْزِلُوا الْأَمْرَ عَلَى مَا قُلْتُمْ ، فَإِنَّمَا مَثَلُ مَثَلٍ سَابِحٍ وَقَعَ فِي الْبَحْرِ ، فَسَبَحَ يَوْمَهُ ، فَاَنْطَلَقَ ، ثُمَّ سَبَحَ الْيَوْمَ الثَّانِي ، فَمَضَى أَيْضًا ، فَلَمَّا كَانَ الْيَوْمُ الثَّلَاثُ قَتَرَتْ يَدَاهُ ^(١٥) . وَكَانَ يُقَالُ : أَعْلَمَ النَّاسُ بِالْقَضَاءِ أَشَدُّهُمْ لَهُ كَرَاهَةً . وَلِعَظِمَ خَطَرُهُ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا ، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : ^(١٦) هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقِيلَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ : إِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ مَخْرَجَ الدَّمِّ لِلْقَضَاءِ ، وَإِنَّمَا وَصَفَهُ بِالْمَشَقَّةِ ؛ فَكَأَنَّ مَنْ وَلِيَهُ قَدْ حُمِلَ عَلَى مَشَقَّةٍ ، كَمَشَقَّةِ الدَّبْحِ .

فصل : والنَّاسُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْرُبٍ ؛ مِنْهُمْ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ، وَهُوَ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، وَلَمْ تَجْتَمِعْ فِيهِ شُرُوطُهُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ » ذَكَرَ مِنْهُمْ رَجُلًا قَضَى بَيْنَ النَّاسِ بِجَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ^(١٧) . وَلَأَنَّ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْعَدْلِ فِيهِ ، فَيَأْخُذُ الْحَقَّ مِنْ مُسْتَحَقِّهِ وَيُدْفَعُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَمِنْهُمْ ، مَنْ يَجُوزُ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، وَيُوجَدُ غَيْرُهُ مِثْلُهُ ، فَلَهُ أَنْ يَلِيَ الْقَضَاءَ بِحُكْمِ حَالِهِ وَصَلَاحِيَّتِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ ^(١٨) يَتَّعَيْنَ لَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخَطَرِ وَالْعَرَرِ ، وَفِي تَرْكِهِ مِنَ السَّلَامَةِ ، وَلِمَا وَرَدَ فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ وَالذَّمِّ ، وَلَأَنَّ طَرِيقَةَ السَّلَفِ الْإِمْتِنَاعُ مِنْهُ وَالتَّوَقُّي ، وَقَدْ

(١٤-١٥) سقط من : الأصل .

(١٥) ذكره ابن أبي شيبة ، في : باب في القضاء وما جاء فيه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٨/٧ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٧/١٠ . ووكيع ، في أخبار القضاة ٢٣/١ . (١٦) في : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦٦/٦ ، ٦٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في طلب القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٩١/٤ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٦/١٠ .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضي يخطئ ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ .

(١٨) في الأصل : « لا » .

أَرَادَ عَثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَوَلِيَةَ ابْنِ عَمَرَ الْقَضَاءَ فَأَبَاهُ^(١٩). وقال أبو عبد الله / ابن حامد :
 إِنْ كَانَ رَجُلًا خَامِلًا ، لَا يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَلَا يُعْرَفُ ، فَلَاؤُولَى لَهُ تَوَلِيَهُ ، لِيُرْجَعَ
 إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَيُقَوْمَ بِهِ الْحَقُّ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورًا فِي النَّاسِ
 بِالْعِلْمِ ، يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي تَعْلِيمِ الْعِلْمِ وَالْفَتَوَى ، فَلَاؤُولَى الْأَشْتَغَالُ بِذَلِكَ ، لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ
 مَعَ الْأَمْنِ مِنَ الْعَرَرِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالُوا أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالُوا أَيْضًا : إِذَا كَانَ ذَا حَاجَةٍ ،
 وَلَهُ فِي الْقَضَاءِ رِزْقٌ ، فَلَاؤُولَى لَهُ الْأَشْتَغَالُ بِهِ ، فَيَكُونُ أُولَى مِنْ سَائِرِ الْمَكَاسِبِ ؛ لِأَنَّهُ
 قُرْبَةٌ وَطَاعَةٌ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ طَلَبُهُ ، وَالسَّعْيُ فِي تَحْصِيلِهِ ؛ لِأَنَّ
 أَنْسَارَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ ابْتَغَى الْقَضَاءَ ، وَسَأَلَ فِيهِ شُفْعَاءَ ، وَكَلَّ
 إِلَى نَفْسِهِ ، وَمَنْ أَكْرَهَ عَلَيْهِ ، أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٢٠) : هَذَا
 حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ : « يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ ، لَا
 تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ ؛ فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيَتْهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكَلْتَ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أُعْطِيَتْهَا عَنْ^(٢١) غَيْرِ
 مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٢) . الثَّالِثُ : مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ يَصْلُحُ

(١٩) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فى القاضى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى
 ٦٣/٦ ، ٦٤ . وابن حبان ، فى : باب ذكر الزجر عن دخول المرء فى قضاء المسلمين ... ، من كتاب القضاء .
 انظر : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ . وذكره وكيع ، فى : أخبار القضاة ١٧/١ ، ١٨ .
 (٢٠) فى : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فى القاضى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦٥/٦ ، ٦٦ .
 كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى طلب القضاء والتسرع إليه ، من كتاب الأفضية . سنن أبى داود ٢٦٩/٢ . وابن
 ماجه ، فى : باب ذكر القضاة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند
 ١١٨/٣ ، ٢٢٠ .

(٢١) فى م : « من » .

(٢٢) أخرجه البخارى ، فى : أول كتاب الأيمان والنذور ، وفى : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب
 الكفارات ، وفى : باب من لم يسأل الإمامة أعانته الله ، وباب من سأل الإمامة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح
 البخارى ١٥٩/٨ ، ١٨٤ ، ٧٩/٩ . ومسلم ، فى : باب النهى عن طلب الإمامة والحرص عليها ، من كتاب الإمامة .
 صحيح مسلم ١٤٥٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى طلب الإمامة ، من كتاب الإمامة . سنن أبى داود ١١٨/٢ . والترمذى ،
 فى : باب ما جاء فى من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ١٠/٧ .
 والنسائى ، فى : باب النهى عن مسألة الإمامة ، من كتاب القضاة . المجتبى ١٩٨/٨ . والدارمى ، فى : باب من حلف
 على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب النذور . سنن الدارمى ١٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦٣ ، ٦٢/٥ .

للقضاء ، ولا يُوجد سواه ، فهذا يتعين عليه ^(٢٣) ؛ لأنه فرض كفاية ، لا يقدر على القيام به غيره فيتعين عليه ، كغسل الميت وتكفينه . وقد نُقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه ، فإنه سئل : هل يائتم القاضي إذا لم يوجد غيره ؟ قال : لا يائتم . فهذا يحتمل أنه يُحمّل على ظاهره ، في أنه لا يجب عليه ، لما فيه من الخطر بنفسه ، فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابة منه ، وقد قيل له : ليس غيرك . ويحتمل أن يُحمّل على من لم يملكه القيام بالواجب ، لظلم السلطان أو غيره ؛ فإن أحمد قال : لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس !

فصل : ويجوز للقاضي أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء ، وفرض له رزقا ^(٢٤) . ورزق شريحا في كل شهر مائة درهم ^(٢٥) . ويبحث إلى / ٣/١١ الكوفة عمارا وعثمان بن حنيف وابن مسعود ، ورزقهم كل يوم شاة ؛ نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم ^(٢٦) . وكتب إلى معايد ابن جبال ، وأبي عبيدة ، حين بعثهما إلى الشام ، أن انظرا رجلا من صالحى من قبلكم ، فاستعملوهم على القضاء ، وأوسعوا عليهم ، وأرزقوهم ، واكفوهم من مال الله ^(٢٧) . وقال أبو الخطاب : يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة ، فأما مع عدمها فعلى وجهين . وقال أحمد : لا ^(٢٨) يُعجبني أن يأخذ على القضاء أجرا ، وإن كان يقدر شغله ، مثل وإلى اليتيم . وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء ^(٢٩) . وكان مسروق ،

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٣٥٩/٢ .

(٢٥) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من أبواب القضاء . المصنف ٢٩٧/٨ .

(٢٦) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٢٥٥/٣ .

(٢٧) انظر : إرواء الغليل ٢٣٤/٨ .

(٢٨) في ب ، م : « ما » .

(٢٩) أخرج خبر الحسن ، ابن أبي شيبة في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف

٥٠٥/٦ .

وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن^(٣٠) ، لا يأخذان عليه أجراً ، وقالا : لا تأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين . وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن مُتَعِينًا جاز له^(٣١) أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة . والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ؛ لأن أبا بكر ، رضي الله عنه ، لما ولي الخلافة ، فرضوا له رزقاً^(٣٢) كل يوم درهمين^(٣٣) . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق^(٣٤) لمن تولى من القضاة ، ولأن الناس حاجة إليه ، ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل ، وضاعت الحقوق . فأما الاستئجار عليه ، فلا يجوز . قال عمر ، رضي الله عنه : لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً^(٣٥) . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون من^(٣٦) أهل القرية ، فأشبه الصلاة ؛ ولأنه لا يعمل الإنسان عن غيره ، وإنما يقع عن نفسه ، فأشبه الصلاة ، ولأنه عمل غير معلوم . فإن لم يكن للقاضي رزق ، فقال للخصمين : لا أفضي بينكما حتى تجعل لي رزقاً عليه . جاز . ويحتمل أن لا يجوز .

فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده ؛ فإن النبي ﷺ بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن أيضاً . وقال / له : « بِمَ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتاب الله تعالى . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : فبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : أَجْتَهُدُ رَأْيِي . قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ

٣/١١

(٣٠) عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن البكري ، من أولاد أبي بكر الصديق ، إمام ثبت فقيه ، من صغار التابعين ، توفي بحوران ، في سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٦ ، ٦ .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في م : « الرزق » .

(٣٣) انظر : ما أخرجه البخاري ، في : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٧٤/٣ . والبيهقي ، في : باب ما يكره للقاضي من البيع والشراء ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٧/١ . وابن سعد ، في الطبقات الكبرى ١٨٥/٣ .

(٣٤-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٢٩٧/٨ . وابن أبي شيبه ، في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٠٥/٦ .

(٣٦) في الأصل ، ١ ، م : « في » .

رَسُولُ^(٣٧) رَسُوْلُ اللهِ لِمَا يُرْضِي رَسُوْلَ اللهِ ». وَبَعَثَ عُمَرُ شُرَيْحًا عَلَى قَبْضِ الْكُوفَةِ ، وَكَعْبَ بْنَ سُوْرٍ^(٣٨) عَلَى قَبْضِ الْبَصْرَةِ^(٣٩) . وَكَتَبَ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ وَمُعَاذٍ بِأَمْرِهِمَا بِتَوَلِّيَةِ الْقَضَاءِ فِي الشَّامِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ كُلِّ بَلَدٍ يَحْتَاجُونَ إِلَى الْقَاضِي ، وَلَا يُمَكِّنُهُمُ الْمَصِيرُ إِلَى بَلَدِ الْإِمَامِ ، وَمَنْ أَمَكَّنَهُ ذَلِكَ شَقَّ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ إِغْنَاؤُهُمْ عَنْهُ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الْإِمَامُ تَوَلِّيَةَ قَاضٍ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ خِبْرَةٌ بِالنَّاسِ ، وَيَعْرِفُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ، وَلَّاهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ ذَلِكَ ، سَأَلَ أَهْلَ الْمَعْرِفَةِ بِالنَّاسِ ، وَاسْتَرْشَدَهُمْ عَلَى^(٤٠) مَنْ يَصْلُحُ . وَإِنْ ذُكِرَ لَهُ رَجُلٌ لَا يَعْرِفُهُ ، أَحْضَرَهُ وَسَأَلَهُ ، وَإِنْ عَرَفَ عَدَالَتَهُ ، وَإِلَّا بَحَثَ عَنْ عَدَالَتِهِ ، فَإِذَا عَرَفَهَا وَلَّاهُ ، وَيَكْتُبُ لَهُ عَهْدًا بِأَمْرِهِ فِيهِ بَتَقْوَى اللهِ ، وَالتَّسْبِيتِ فِي الْقَضَاءِ ، وَمُشَاوَرَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَتَصَفُّحِ أَحْوَالِ الشُّهُودِ ، وَتَأْمِيلِ الشَّهَادَاتِ ، وَتَعَاهُدِ الْيَتَامَى ، وَحِفْظِ أَمْوَالِهِمْ وَأَمْوَالِ الْوُقُوفِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَى مُرَاعَاتِهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَلَدُ الَّذِي وَلَّاهُ قَضَاءَهُ بَعِيدًا ، لَا يَسْتَفِيزُ إِلَيْهِ الْخَبْرُ بِمَا يَكُونُ فِي بَلَدِ الْإِمَامِ ، أَحْضَرَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ وَقَرَأَ عَلَيْهِمَا الْعَهْدَ ، أَوْ قَرَأَهُ^(٤١) غَيْرُهُ بِحَضْرَتِهِ ، وَيُشْهِدُهُمَا^(٤٢) عَلَى تَوَلِّيَتِهِ ؛ لِيَمْضِيَا مَعَهُ إِلَى بَلَدِ وِلَايَتِهِ ، فَيُقِيمَا لَهُ الشَّهَادَةَ ، وَيَقُولُ لَهَا : اشْهَدَا عَلَيَّ أَنِّي قَدْ وَلَّيْتُهُ قَضَاءَ الْبَلَدِ الْفُلَانِيِّ ، وَتَقَدَّمْتُ إِلَيْهِ بِمَا اشْتَمَلَ هَذَا الْعَهْدُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْبَلَدُ قَرِيبًا مِنْ بَلَدِ الْإِمَامِ ، يَسْتَفِيزُ إِلَيْهِ مَا يَجْرِي فِي بَلَدِ الْإِمَامِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا خَمْسَةُ أَيَّامٍ أَوْ مَا دُونَهَا ، جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِالْإِسْتِفَاضَةِ^(٤٣) دُونَ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالْإِسْتِفَاضَةِ^(٤٤) . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَهُ فِي ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ بِالْإِسْتِفَاضَةِ فِي الْبَلَدِ

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في م : « سوار » خطأ .

(٣٩) أخرجه البيهقي ، في : كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠ / ٨٧ .

(٤٠) في ب : « عن » .

(٤١) في ب ، م : « أقرأه » .

(٤٢) في ب ، م : « وأشهدهما » .

(٤٣-٤٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

القريب وَجَهَيْنِ . وقال أصحابُ أبي حنيفة : تَثْبُتُ بالاستفاضة . ولم يفصلوا بينَ
القريبِ والبعيدِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلِيٌّ عَلِيًّا وَمُعَاذًا قَضَاءَ الْيَمَنِ وهو بعيدٌ ، من غيرِ
إشهادٍ^(٤٤) / ، وَلِيٌّ الْوَلَاةَ فِي الْبِلَادِ^(٤٥) البعيدةَ وَفَوَّضَ إِلَيْهِمُ الْوَلَاةَ وَالْقَضَاءَ ، ولم
يُشْهِدْ ، وكذلك خُلَفَاؤُهُ . ولم يُنْقَلْ عَنْهُمْ^(٤٦) الإِشْهَادُ عَلَى تَوَلِيَةِ الْقَضَاءِ ، مع بُعْدِ
بُلْدَانِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَضَاءَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، وقد تَعَذَّرَتِ الْإِسْتِفَاضَةُ فِي الْبَلَدِ
الْبَعِيدِ ؛ لِغَدَمِ وَصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الْإِشْهَادُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يُشْهِدْ عَلَى
تَوَلِيَّتِهِ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لم يَبْعَثْ وَالِيًّا إِلَّا وَمَعَهُ جَمَاعَةٌ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَشْهَدَهُمْ ، وَعَدَمُ تَقْلِيلِهِ
لَا يَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ فِعْلِهِ ، وقد قَامَ دَلِيلُهُ ، فَتَعَيَّنَ وُجُودُهُ .

١٨٦٤ - مسألة : قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَلَا يُؤْلَى قَاضٍ حَتَّى
يَكُونَ بِالْعَا ، عَاقِلًا^(١) ، مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَدْلًا ، غَالِمًا ، فَقِيهًا ، وَرِعًا)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَاضِي ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْكَمَالُ ، وهو نوعان ؛ كَمَالُ
الْأَحْكَامِ ، وَكَمَالُ الْخِلْقَةِ ، أَمَّا كَمَالُ الْأَحْكَامِ فَيُعْتَبَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَنْ يَكُونَ بِالْعَا عَاقِلًا
حُرًّا ذَكَرًا . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ جَرِيرٍ أَنَّهُ لَا تُشْتَرَطُ الذَّكُورِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُفْتِيَّةً ،
فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً . وقال أبو حنيفة : يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً فِي غَيْرِ الْحُدُودِ ؛ لِأَنَّهُ
يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ شَاهِدَةً فِيهِ^(٢) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ
أَمْرًا »^(٣) . وَلِأَنَّ الْقَاضِيَ يَحْضُرُهُ مَحَافِلُ الْخُصُومِ وَالرِّجَالِ ، وَيَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى كَمَالِ
الرَّأْيِ وَقَامِ الْعَقْلِ وَالْفِطْنَةِ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةُ الْعَقْلِ ، قَلِيلَةُ الرَّأْيِ ، لَيْسَتْ

(٤٤) في ب ، م : « شهادة » .

(٤٥) في ب ، م : « البلدان » .

(٤٦) في م : « منهم » .

(١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر ، من كتاب المغازي ، وفي : باب حدثنا عثمان =

أَهْلًا لِلْحُضُورِ فِي مُحَافِلِ الرِّجَالِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا وَلَوْ كَانَ مَعَهَا أَلْفُ امْرَأَةٍ مِثْلِهَا ، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، وَقَدَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ضَلَالِهِنَّ وَنِسْيَانِهِنَّ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ ^(٤) . وَلَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الْعُظْمَى ، وَلَا لِتَوَلِيَةِ الْبُلْدَانِ ؛ وَهَذَا لَمْ يُؤَلِّهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ ، امْرَأَةً قَضَاءً وَلَا وَلَايَةً بَلَدٍ ، فِيمَا بَلَّغْنَا ، وَلَوْ جَاوَزَ ذَلِكَ لَمْ يَحُلْ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا . وَأَمَّا كَمَالُ / الْخَلْقَةِ ، فَإِنْ يَكُونُ مُتَكَلِّمًا سَمِيعًا بَصِيرًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْرَسَ لَا يُمَكِّنُهُ التُّطْقُ بِالْحُكْمِ ، وَلَا يَفْهَمُ جَمِيعُ النَّاسِ إِشَارَتَهُ ، وَالْأَصَمُّ لَا يَسْمَعُ قَوْلَ الْخَصْمَيْنِ ، وَالْأَعْمَى لَا يَعْرِفُ الْمُدَّعَى مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّرُ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، وَالشَّاهِدُ مِنَ الْمَشْهُودِ لَهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعْمَى ؛ لِأَنَّ شُعْبِيًّا كَانَ أَعْمَى . وَلَهُمْ فِي الْأَخْرَسِ الَّذِي تُفْهَمُ إِشَارَتُهُ وَجْهَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْحَوَاسَّ تُؤَثِّرُ فِي الشَّهَادَةِ ، فَيَمْنَعُ فَقْدُهَا وَلَايَةَ الْقَضَاءِ كَالسَّمْعِ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ مَنْصِبَ الشَّهَادَةِ دُونَ مَنْصِبِ الْقَضَاءِ ، وَالشَّاهِدُ يَشْهَدُ فِي أَشْيَاءَ يَسِيرَةٍ يُحْتَاجُ إِلَيْهَا فِيهَا ، وَرَبَّمَا أَحَاطَ بِحَقِيقَةِ عِلْمِهَا ، وَالْقَاضِي وَلَايَتُهُ عَامَّةٌ ، وَيَحْكُمُ فِي قَضَايَا النَّاسِ عَامَّةً ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الشَّهَادَةُ ، فَالْقَضَاءُ أَوَّلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ شُعْبِيٍّ ^(٥) عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَلَا تُسَلَّمُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ كَانَ أَعْمَى ، وَلَوْ ثَبَتَ فِيهِ ذَلِكَ ، فَلَا يَلْزَمُ هُهْنَا ، فَإِنَّ شُعْبِيًّا ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، كَانَ مَنْ آمَنَ مَعَهُ مِنَ النَّاسِ قَلِيلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْتَاجُونَ إِلَى حَكْمٍ بَيْنَهُمْ لِقَلَّتِهِمْ وَتَنَاصُفِهِمْ ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً فِي مَسْأَلَتِنَا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، الْعَدَالَةُ ، فَلَا يَجُوزُ تَوَلِيَةُ فَاسِقٍ ، وَلَا مَنْ فِيهِ نَقْصٌ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، وَسَنَذَكُرُ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَحُكِيَ عَنِ الْأَصَمِّ ، أَنَّهُ قَالَ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي

= ابن الهيثم ، من كتاب الفتن . صحيح البخارى ١٠/٦ ، ٧٠/٩ . والترمذى ، فى : باب حدثنا محمد بن المنثى ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ١١٨/٩ ، ١١٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن استعمال النساء فى الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٠/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨/٥ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٥-٥) سقط من : م .

فاسقًا؛ لما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « سَيَكُونُ بَعْدِي أُمَرَاءُ ^(٦) يُؤَخِّرُونَ الصَّلَاةَ عَنْ أَوْقَاتِهَا ، فَصَلُّوْهَا لَوْ قَتَلَتْهَا ، وَاجْعَلُوا صَلَاتَكُمْ مَعَهُمْ ^(٧) سُبْحَةً » ^(٨) . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ ^(٩) . فأمر بالتَّيَبُّنَ عند قول الفاسقِ ، ولا يجوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ مِمَّنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، وَيجِبُ التَّيَبُّنُ عِنْدَ حَكْمِهِ ؛ وَلَئِنْ الْفَاسِقُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا ، فَلَوْلَا يَكُونُ قَاضِيًا أَوَّلَى . فَأَمَّا / الْخَبْرُ فَأَخْبَرَ بِوُقُوعِ كَوْنِهِمْ أُمَرَاءَ ، لَا بِمَشْرُوعِيَّتِهِ ، وَالنِّزَاعُ فِي صِحَّةِ تَوَلِّيَّتِهِ ، لَا فِي وُجُودِهَا . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَبَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَامِيًّا فَيُحْكَمَ بِالتَّقْلِيدِ ؛ لِأَنَّ الْغُرْصَ مِنْهُ فَضْلُ الْحَصَائِمِ ، فَإِذَا أُمَكَّنَهُ ذَلِكَ بِالتَّقْلِيدِ جَازَ ، كَمَا يُحْكَمُ بِقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ^(١٠) . وَلَمْ يَقُلْ بِالتَّقْلِيدِ ، وَقَالَ : ﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ ﴾ ^(١١) . وَقَالَ : ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ^(١٢) . وَرَوَى بُرَيْدَةُ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقَضَاةُ ثَلَاثَةٌ ؛ ائْتَانِ فِي النَّارِ ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى ^(١٣) بِهِ ، فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَرَجُلٌ جَارٍ فِي الْحُكْمِ ، فَهُوَ فِي النَّارِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(١٤) . وَالْعَامِيُّ يَقْضِي عَلَى الْجَهْلِ ^(١٥) ، وَلَئِنْ الْحُكْمَ آكَدُ مِنَ الْفُتْيَا ؛ لِأَنَّهُ فُتْيَا

٥/١١ و

(٦) فِي الْأَصْلِ : « أُمَّة » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « مَعَهُ » .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي ٢١/٣ . وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ أَيْضًا ، فِي : بَابِ النَّدْبِ إِلَى وَضْعِ الْأَيْدِي ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣٧٩/١ وَالسَّبِيحَةُ : النَّافِلَةُ .

(٩) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ٦ .

(١٠) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٩ .

(١١) سُورَةُ النَّسَاءِ ١٠٥ .

(١٢) سُورَةُ النَّسَاءِ ٥٩ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَقَضَى » .

(١٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ٧ .

(١٥) فِي ب ، م : « جَهْلٌ » .

وإلزام ، ثم المفتى لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً ، فالحكم أولى . فإن قيل : فالمفتى يجوز أن يخبر بما سمع . قلنا : نعم . إلا أنه لا يكون مفتياً في تلك الحال ، وإنما هو مخبر ، فيحتاج أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد فيكون معمولاً بخبره لا بفتياه ، وخالف^(١٦) قول^(١٧) المقومين^(١٨) ؛ لأن ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه ، بخلاف الحكم . إذا ثبت هذا ، فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء ؛ الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والاختلاف ، والقياس ، ولسان العرب . أمّا الكتاب ، فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء ؛ الخاص ، والعام ، والمطلق ، والمقيّد ، والمحكم ، والمتشابه ، والمجمل ، والمفسر ، والتاسخ ، والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام ، وذلك نحو خمسمائة ، ولا يلزمه معرفة سائر القرآن . فأما السنة ، فيحتاج إلى معرفة^(١٩) ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار ، من ذكر الجنة والنار والرقائق ، ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب ، ويزيد معرفة التواتر ، والآحاد ، والمرسل ، والمتصل ، والمُسند ، والمتقطع ، والصحيح ، والضعيف ، ويحتاج إلى معرفة ما أجمع عليه ، وما اختلف فيه ، ومعرفة القياس ، وشروطه ، وأنواعه ، وكيفية استنباطه الأحكام ، ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكر ؛ ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة ، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا ، والحكم في معناه . فإن قيل : فهذه^(٢٠) شروط لا تجتمع^(٢١) في أحد^(٢٢) ، فكيف يجوز اشتراطها ؟ . قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، وإنما يحتاج^(٢٣) أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع

(١٦) في ب ، م : « ويخالف » .

(١٧) في م زيادة : « معرفته » .

(١٨) في النسخ : « المقولين » . وتقدم .

(١٩) في ب ، م : « معرفته » .

(٢٠) في م : « هذه » .

(٢١) - (٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في م زيادة : « إلى » .

الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب ، خليفتا رسول الله ﷺ ، ووزيرا^(٢٣) ، وخير الناس بعده ، في حال إمامتهما يُسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة ، يسألان الناس فيخبران ، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدّة ، فقال : مالك في كتاب الله شيء ، ولا أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئا ، ولكن أرجعني حتى أسأل الناس . ثم قام فقال : أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدّة ؟ فقام المغيرة بن شعبه ، فقال : أشهد أن رسول الله ﷺ أعطاها السدس^(٢٤) . وسأل عمر عن إملاص المرأة ، فأخبره المغيرة^(٢٥) بن شعبه^(٢٦) أن النبي ﷺ قضى فيه بغرة^(٢٦) . ولا يشترط معرفة المسائل التي فرّعها المجتهدون في كتبهم ، فإن هذه فروع فرّعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد ، فلا تكون شرطاً له وهو سابق / عليها . وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مُجتهداً في كل المسائل ، بل من عرف أدلة مسألة ، وما يتعلق بها ، فهو مُجتهد فيها ، وإن جهل غيرها ، كمن يعرف الفرائض وأصولها ، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقّف في مسائل . وقيل : من يُجيب في كل مسألة فهو مجنون ، وإذا ترك العالم : لا أدرى . أصيبت مقاتله . وحكى^(٢٧) أن مالكا^(٢٧) سئل عن أربعين مسألة ، فقال في ست وثلاثين منها : لا أدرى . ولم يخرج ذلك عن كونه مُجتهداً . وإنما المُعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموعُ مدوّن في فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ، ورزق فهمه ، كان مُجتهداً ، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه . والله أعلم .

فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل : يُشترط ذلك ؛ ليعلم^(٢٨) ما

٦/١١ و

(٢٣) في الأصل ، ب : « ووزرا » .

(٢٤) تقدم تخريجه ، في : ٥٤/٩ .

(٢٥-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٦) تقدم تخريجه ، في : ٦٠/١٢ .

(٢٧-٢٨) في ب : « عن مالك أنه » .

(٢٨) في م : « لعلم » .

يَكْتَبُهُ كَاتِبُهُ^(٢٩) ، ولا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِخْفَائِهِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ أُمِّيًّا ، وَهُوَ سَيِّدُ الْحُكَّامِ ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ الْحُكْمِ^(٣٠) الْكِتَابَةُ ، فَلَا تُعْتَبَرُ شُرُوطُهَا ، وَإِنْ اِحْتِاجَ إِلَى ذَلِكَ جَازَ تَوَلِّيَّتُهُ لِمَنْ يَعْرِفُهُ ، كَمَا أَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى الْقِسْمَةِ بَيْنَ النَّاسِ^(٣١) ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ مَعْرِفَةُ الْمَسَاحَةِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ^(٣٢) الْقَضَاءِ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِقِيمِ^(٣٣) الْأَشْيَاءِ ، وَلَا مَعْرِفَتَهُ بَعُيُوبِ كُلِّ شَيْءٍ .

فصل : وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ قَوِيًّا مِنْ غَيْرِ غُفٍّ ، لَيْتًا مِنْ غَيْرِ ضَعْفٍ ، لَا يَطْمَعُ الْقَوِيُّ فِي بَاطِلِهِ ، وَلَا يَتَأَسُّ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِهِ ، وَيَكُونُ حَلِيمًا ، مُتَأَنِّيًا ، ذَا فِطْنَةٍ وَتَيْقِظٍ ، لَا يُؤْتِي مِنْ غَفْلَةٍ ، وَلَا يُخَدِّعُ لَغْوَةً ، صَحِيحَ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ ، عَالِمًا بِلُغَاتِ أَهْلِ وَلَايَتِهِ ، عَفِيفًا ، وَرِعًا ، نَزْهًا^(٢٩) ، بَعِيدًا عَنِ^(٣٤) الطَّمَعِ ، صَدُوقَ اللَّهْجَةِ ، ذَارِيٍّ وَمَشُورَةٍ ، لِكَلَامِهِ لِيَنْ إِذَا قَرَّبَ ، وَهَيْبَةً إِذَا أَوْعَدَ ، وَوَفَاءً إِذَا وَعَدَ ، وَلَا / يَكُونُ جَبَّارًا ، وَلَا عَسُوفًا ، فَيَقْطَعُ ذَا الْحُجَّةِ عَنْ حُجَّتِهِ . قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي قَاضِيًّا حَتَّى تَكُونَ فِيهِ خَمْسُ خَصَالٍ ؛ عَفِيفٌ ، حَلِيمٌ ، عَالِمٌ بِمَا كَانَ قَبْلَهُ ، يَسْتَشِيرُ ذَوِي الْأَلْبَابِ ، لَا يَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةً لَائِمَةً . وَعَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣٥) ، قَالَ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ تَجْتَمَعَ فِيهِ سَبْعُ خِلَالٍ ، إِنْ فَاتَتْهُ وَاحِدَةٌ كَانَتْ فِيهِ وَصْمَةً : الْعَقْلُ ، وَالْفَقْهُ ، وَالْوَرَعُ ، وَالنَّزَاهَةُ ، وَالصَّرَافَةُ ، وَالْعِلْمُ بِالسُّنَنِ ، وَالْحِلْمُ^(٣٦) . وَرَوَاهُ سَعِيدٌ^(٣٧) . وَفِيهِ : يَكُونُ فَهِمًا ، حَلِيمًا ، عَفِيفًا ،

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في ب ، م : « الحاكم » .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في الأصل : « شرطه » .

(٣٣) في ب ، م : « بقيمة » .

(٣٤) في ب : « من » .

(٣٥) في ب زيادة : « أنه » .

(٣٦) في ب ، م : « والحكم » .

(٣٧) وأخرج نحوه البيهقي ، من طريق سعيد بن منصور ، في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب =

صَلِيًّا^(٣٨) ، سَأَلَ أَعْمًا لَا يَعْلَمُ . وفي رواية : مُخْتِمًا لِلْإِثْمَةِ ؛ وَلَا يَكُونُ ضَعِيفًا ، مَهِينًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْسُطُ الْمُتَخَاصِمِينَ إِلَى التَّهَاتُرِ وَالتَّشَاتُّمِ بَيْنَ يَدَيْهِ . وقال عمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا عَزْلَ لَنَ فُلَانًا عَنِ الْقَضَاءِ ، وَلَا تُسْتَعْمَلُنَ رِجَالًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فِرْقَهُ^(٣٩) .

فصل : وله أَنْ يَنْتَهَرَ الْخَصْمَ إِذَا التَوَى ، وَيُصَيِّحُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ التَّعْزِيرَ عَزَّزَهُ بِمَا يَرَى مِنْ أَدَبٍ أَوْ حَسَبٍ . وَإِنْ افْتَأَتْ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ : حَكَمْتُ عَلَى بَغِيرِ الْحَقِّ . أَوْ : ارْتَشَيْتَ . فَلَهُ تَأْدِيبُهُ . وله أَنْ يَغْفُو . وَإِنْ بَدَأَ الْمُتَكَبِّرُ بِالْيَمِينِ ، قَطَعَهَا عَلَيْهِ ، وَقَالَ : أَلَيْبِنَةُ عَلَى خَصْمِكَ .^(٤٠) فَإِنْ عَادَ نَهَرَهُ^(٤١) ، فَإِنْ عَادَ عَزَّزَهُ إِنْ رَأَى . وَأَمْثَالُ ذَلِكَ مِمَّا^(٤٢) فِيهِ إِسَاءَةُ الْأَدَبِ ، فَلَهُ مُقَابَلَةٌ فَاعِلِهِ ، وَلَهُ الْعَفْوُ .

فصل : وإذا^(٤٣) وَلَّى الْإِمَامُ رِجَالًا الْقَضَاءَ^(٤٤) ، فَإِنْ كَانَتْ وَلَايَتُهُ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ ، فَأَرَادَ السَّيْرَ إِلَى بَلَدٍ^(٤٥) وَلَايَتِهِ ، بَحَثَ عَنْ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، لِيَسْأَلَهُمْ عَنْهُ ، وَيَتَعَرَّفَ مِنْهُمْ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ فِي طَرِيقِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ إِذَا دَخَلَ الْبَلَدَ عَنْ أَهْلِهِ ، وَمَنْ بِهِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْفُضَلَاءِ وَأَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالسَّيْرِ^(٤٦) ، وَسَائِرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَإِذَا قَرُبَ مِنَ الْبَلَدِ ، بَعَثَ مَنْ يُعَلِّمُهُمْ بِقُدُومِهِ لِيَتَلَقَّوْهُ ، وَيَجْعَلَ قُدُومَهُ يَوْمَ الْخَمِيسِ / إِنْ أُمِكَتْهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ ، قَدِمَ يَوْمَ الْخَمِيسِ^(٤٧) ، ثُمَّ

٧/١١

= القاضى . السنن الكبرى ١١٠/١٠ . وأورده البخارى ، فى : باب متى يستوجب الرجل القضاء ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ، ٨٤/٩ . كلاهما بلفظ : خمس خصال .

(٣٨) فى ب ، م : « صلبا » .

(٣٩) فرقه : أى خافه . وأخرجه البيهقى ، فى : باب القاضى إذا بان له من أحد الخصمين اللدنهاه عنه ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠٨/١٠ وذكره وكيع ، فى أخبار القضاة ٢٧٠/١ .

(٤٠ - ٤١) سقط من : ب ، م .

(٤١) فى الأصل : « فيما » .

(٤٢) فى م : « وإن » .

(٤٣) فى الأصل : « للقضاء » .

(٤٤) فى ب ، م : « بلاد » .

(٤٥) فى ب ، م : « السير » .

(٤٦) لم نجد هذا ، ولعل المصنف أراد الخروج إلى السفر . انظر : جامع الأصول ١٥/٥ .

يقصدُ الجَامِعَ ، فيُصَلِّي فِيهِ رَكَعَتَيْنِ ، كما كان النَّبِيُّ ﷺ يفعلُ إذا دخلَ المدينةَ^(٤٧) ، ويسألُ اللهَ تعالى التَّوْفِيقَ والعِصْمَةَ والمُعَوْنَةَ ، وأنَّ يجعلَ عملَه صالحًا ، ويجعله لوجهه خالصًا ، ولا يجعلَ لأحدٍ فيه شيئًا ، ويُفَوِّضُ أمرَه إلى الله تعالى ، ويتوكَّلُ عليه ، ويأمرُ مُنادِيَه فينادِي في البلَدِ ، إنَّ فلانًا قدِمَ عليكم قاضيًا ، فاجتمعوا لقراءةِ عَهْدِهِ ، وقتَ كذا وكذا . وينصرفُ إلى منزله الذي قد أعدَّ له ، وينبغي أن يكونَ في وَسْطِ البلَدِ ؛ لِيَسَاوَى أَهْلُ البلَدِ^(٤٨) فيه ، ولا يَشُقُّ على بعضهم قَصْدُهُ ، فإذا اجتمعوا ، أمرَ بعَهْدِهِ فَقَرَأَ عليهم ، لِيَعْلَمُوا التَّوَلِيَّ ، ويأتوا إليه ، ويَعِدُّ الناسَ يومًا يجلسُ فيه للقضاءِ ، ثم ينصرفُ إلى منزله . وأوَّلُ ما يبدأُ فيه^(٤٩) مِنْ أمرِ الحَكَمِ ، أن يبعثَ إلى الحاكمِ المَعزُولِ فيأخذُ منه ديوانَ الحُكْمِ ؛ وهو ما فيه وثائقُ الناسِ من المحاضِرِ ، وهى تُسَخَّ ما ثَبَتَ عندَ الحاكمِ ، والسَّجَلَاتُ تُسَخَّ ما حَكَمَ به ، وما كانَ عنده من حُجَجِ الناسِ ووثائقهم مودعةً في ديوانِ الحَكَمِ ، فكانتَ عنده بحُكْمِ الوِلايَةِ ، فإذا انتقلتِ الوِلايَةُ إلى غيره ، كان عليه تسليمُها إليه ، فتكونُ مودعةً عنده في ديوانه ، ثم يَخْرُجُ في اليومِ الذي وعدَ بالجلوسِ فيه إلى مَجْلِسِهِ ، على أَكْمَلِ حالٍ^(٥٠) وأعدَّلِها ، خَلِيًّا مِنَ الْعَظَبِ ، والجُوعِ الشَّدِيدِ والعَطَشِ ، والْفَرَجِ الشَّدِيدِ والحُزْنِ الكثيرِ ، والهَمِّ العَظِيمِ ، والوَجَعِ الْمُؤْلِمِ ، ومُدافعةِ الْأَخْبَثِينَ أو أَحَدِهِما ، والتُّعَاسِ الذي يَغْمُرُ القلبَ ؛ لِيَكُونَ أَجْمَعَ لِقَلْبِهِ ، وأخضَرَ لِدَهْنِهِ ، وأَبْلَغَ في تيقُّظِهِ للصَّوابِ ، وفِطْنَتِهِ لِمَوْضِعِ الرَّأْيِ ؛ ولذلك قال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ »^(٥١) . فنَصَّ على الغَضَبِ ، وثَبَّه على ما في

(٤٧) أخرجه البخارى ، فى : باب الصلاة إذا قدم من سفر ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٩٤/٤ . ومسلم . فى : باب استحباب الركعتين فى المسجد ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٩٤٦/١ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلاة عند القدوم من السفر . سنن أبى داود ٨٢/٢ . والحاكم ، فى : كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ١٥٥/٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٥٥/٣ . والبيهقى ، فى : باب الصلاة عند القدوم ، من كتاب الحج . السنن الكبرى ٣٦١/٥ .

(٤٨) فى م : « المدينة » .

(٤٩) فى ب : « به » .

(٥٠) فى م : « حالة » .

(٥١) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يقضى الحاكم أو يفتى وهو غضبان ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٨٢/٩ . ومسلم ، فى : باب كراهة قضاء القاضى وهو غضبان ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ ، ١٣٤٣ . وأبو داود ، فى : باب القاضى يقضى وهو غضبان ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧١/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يقضى القاضى وهو غضبان ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٧٧/٦ ، ٧٨ . =

مَعْنَاهُ مِنْ سَائِرِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَيُسَلَّمُ عَلَى مَنْ يُمَرُّ بِهِ ^(٥٢) مِنَ الْمُسْلِمِينَ ^(٥٣) فِي طَرِيقِهِ ، /وَيَذْكُرُ
 اللَّهُ بِقَلْبِهِ وَلِسَانِهِ حَتَّى يَأْتِيَ مَجْلِسَهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْعَلَهُ فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ فَيَسِيحُ ،
 كَالرَّحْبَةِ وَالْقَضَاءِ الْوَاسِعِ أَوْ الْجَامِعِ . وَلَا يُكْرَهُ الْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ ^(٥٤) ، فَعَلَ ذَلِكَ
 شُرَيْحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمُحَارِبُ بْنُ دِنَارٍ ، وَيَحْيَى بْنُ يَعْمَرَ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ
 خَلْدَةَ ^(٥٥) ، قَاضٍ لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَثْمَانَ وَعَلِيٍّ ،
 أَنَّهُمْ كَانُوا يَقْضُونَ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ الْقَدِيمِ .
 وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُكْرَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَفَقَّ
 خَصْمَانِ عِنْدَهُ فِي الْمَسْجِدِ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ إِلَى الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنْ لَا
 تَقْضَى فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّهُ تَأْتِيكَ الْحَائِضُ وَالْجَنْبُ . ^(٥٥) وَلَئِنْ الْحَاكِمَ يَأْتِيهِ الذَّمُّ وَالْحَائِضُ
 وَالْجَنْبُ ^(٥٥) ، وَكَثُرَ غَاشِيَتُهُ ، وَيَجْرِي بَيْنَهُمُ اللَّعْطُ وَالتَّكَادُبُ وَالتَّجَاوُدُ ، وَرَبَّمَا أَذَى إِلَى
 السَّبِّ وَمَا لَمْ تَبْنِ لَهُ الْمَسَاجِدُ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ بِمَا قَدَرْنَاهُ عَنْهُمْ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ :
 رَأَيْتُ عُمَرَ وَهُوَ ^(٥٦) مُسْتَنِدٌّ ^(٥٧) إِلَى الْقِبْلَةِ ، يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ مِنْ أَمْرِ
 النَّاسِ الْقَدِيمِ . وَلَئِنْ الْقَضَاءُ قُرْبَةً وَطَاعَةً وَإِنْصَافٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَلَمْ يُكْرَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَلَا
 نَعْلَمُ صِحَّةَ مَا رَوَاهُ عَنْ عُمَرَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْهُ خِلَافُهُ . وَأَمَّا الْحَائِضُ ، فَإِنْ عَرَضَتْ لَهَا
 حَاجَةٌ إِلَى الْقَضَاءِ ، وَكَلَّتْ ، أَوْ أَتَتْهُ فِي مَنْزِلِهِ . وَالْجَنْبُ يَغْتَسِلُ وَيَدْخُلُ ، وَالذَّمُّ يَجُوزُ
 دُخُولُهُ بِإِذْنِ مُسْلِمٍ . وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَجْلِسُ فِي مَسْجِدِهِ ، مَعَ حَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ

= والنسائي ، في : باب النبي عن أن يقضى في قضاء بقضاءين ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٦/٨ ، ٢١٧ .

(٥٢-٥٣) سقط من : الأصل ، ب .

(٥٣) انظر لذلك ما أخرجه البخاري ، في : باب من قضى ولا عن في المسجد ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري

٨٥/٩ .

(٥٤) عمر بن خلدة ، ويقال : عمر بن عبد الرحمن بن خلدة الرزقي الأنصاري ، تابعي ، ثقة ، مهيب صارم ، ورع
 عفيف ، ولي قضاء المدينة في زمن عبد الملك بن مروان .

انظر : تهذيب التهذيب ٤٤٢/٧ . وأخبار القضاة ، لوكيع ١٣٠/١-١٣٣ .

(٥٥-٥٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٦) سقط من : الأصل .

(٥٧) في الأصل زيادة : « يعني » .

لِلْحُكُومَةِ وَالْفُتَيَّا وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ حَوَائِجِهِمْ ، وَكَانَ أَصْحَابُهُ يُطَالِبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا بِالْحُقُوقِ فِي الْمَسْجِدِ ، وَرَبَّمَا رَفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ . فَقَدَرُوهُ عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ / أَنَّهُ قَالَ : ٨/١١
تَقَاضَيْتُ ابْنَ أَبِي حَذَرْدٍ دَيْنًا فِي الْمَسْجِدِ ، حَتَّى ارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُنَا ، فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَشَارَ إِلَيَّ ، أَنْ ضَعُ مِنْ دَيْنِكَ الشُّطْرَ . فَقُلْتُ : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَقَالَ : « فَقُمْ فَأَقْضِهِ » (٥٨) . وَبِنَبْغِي أَنْ يَكُونَ جُلُوسُهُ فِي وَسْطِ الْبَلَدِ ، لَعَلَّأ يَنْعَدَ عَلَى قَاصِدِيهِ ، وَلَا يَتَّخِذَ حَاجِبًا يَحْجُبُ النَّاسَ عَنِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ ؛ لَمَّا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ مُحَيِّمَةَ ، عَنْ أَبِي مَرْيَمَ صَاحِبِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا ، وَاحْتَجَبَ دُونَ حَاجَتِهِمْ ، احْتَجَبَ اللَّهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَفَقْرِهِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ (٥٩) . وَلَأنَّ حَاجِبَهُ رَبَّمَا قَدَّمَ الْمُتَأَخَّرَ وَأَخَّرَ الْمُتَقَدَّمَ لِعَرَضٍ لَهُ ، وَرَبَّمَا كَسَرَهُمْ بِحَاجِبِهِمْ وَالِاسْتِغْذَانِ لَهُمْ . وَلَا بَأْسَ بِاتِّخَاذِ حَاجِبٍ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ . وَيُسَيِّطُ لَهُ شَيْءٌ (٦٠) يَجْلِسُ عَلَيْهِ (٦١) ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى التُّرَابِ ، وَلَا عَلَى حَصِيرِ الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَذْهَبُ بِهَيْئَتِهِ مِنْ أَعْيُنِ الْخُصُومِ ، وَيَجْعَلُ جُلُوسَهُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ ؛ لِأَنَّ خَيْرَ الْمَجَالِسِ (٦١) مَا اسْتَقْبَلَ بِهِ الْقِبْلَةَ . وَهَذِهِ الْأَدَابُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْفَصْلِ لَيْسَتْ شَرْطًا فِي

(٥٨) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ١٢٣/١ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ١٦٠/٣ ، ٢٤٦ . ومسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٢/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٣/٢ . والنسائى ، فى : باب حكم الحكم من داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٠/٨ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١١/٢ . والدارمى ، فى : باب فى إنتظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٠/٦ .

(٥٩) فى : باب ما جاء فى إمام الرعية ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمذى ٧٤/٦ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية والحجة عنهم ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٢٢/٢ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب للقاضى ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠١/١٠ ، ١٠٢ . (٦٠-٦١) سقط من : م . (٦١) فى الأصل : « المجلس » .

الحُكْم ، إِلَّا ^(٦٢) الْخُلُوْ مِنْ الْعَضْبِ وَمَا فِي مَعْنَاه ، فَإِنْ فِي اشْتِرَاطِهِ رِوَايَتَيْنِ .

فصل : وإذا جلسَ الحاكمُ في مجلسِهِ ، فأوَّلُ مَا يَنْظُرُ فِيهِ أَمْرُ الْمَحْبُوسِينَ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ ، وَرَبَّمَا كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْبَقَاءَ فِيهِ ، فَيُنْفَذُ إِلَى حَبْسِ الْقَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ ثِقَةً ، يَكْتُبُ اسْمَ كُلِّ مَحْبُوسٍ ، وَفِيمَ حُبْسٍ ؟ وَلِمَنْ حُبْسٍ ؟ فَيَحْمِلُهُ إِلَيْهِ ، فَيَأْمُرُ مُنَادِيًا يُنَادِي فِي الْبَلَدِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ : أَلَا إِنَّ الْقَاضِيَّ فُلَانٌ بَنَ فُلَانٍ يَنْظُرُ فِي أَمْرِ الْمَحْبُوسِينَ يَوْمَ كَذَا ، فَمَنْ كَانَ لَهُ مَحْبُوسٌ فَلْيَحْضُرْ . فَإِذَا حَضَرَ ذَلِكَ الْيَوْمَ ، وَحَضَرَ النَّاسُ ، تَرَكَ الرَّقَاعَ الَّتِي فِيهَا اسْمُ الْمَحْبُوسِينَ بَيْنَ يَدَيْهِ ، وَمَدَّ يَدَهُ إِلَيْهَا ، فَمَا وَقَعَ فِي /

ظ ٨/١١

يَدِهِ مِنْهَا نَظَرَ إِلَى اسْمِ الْمَحْبُوسِ ، وَقَالَ : مَنْ خَصَّمُ فُلَانٍ الْمَحْبُوسِ . فَإِذَا قَالَ خَصَّمُهُ : أَنَا . بَعَثَ مَعَهُ ثِقَةً إِلَى الْحَبْسِ ، فَأُخْرِجَ خَصَّمُهُ ، وَحَضَرَ مَعَهُ مَجْلِسَ الْحُكْمِ ، وَيَفْعَلُ ذَلِكَ فِي قَدَرٍ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَسَعَّى زَمَانُهُ لِلنَّظَرِ فِيهِ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ ، وَلَا يُخْرِجُ غَيْرَهُمْ ، فَإِذَا حَضَرَ الْمَحْبُوسُ وَخَصَّمُهُ ، لَمْ يَسْأَلْ خَصَّمُهُ : لِمَ حَبَسْتَهُ ؟ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْحَاكِمَ إِنَّمَا حَبَسَهُ بِحَقٍّ ، لَكِنْ يَسْأَلُ الْمَحْبُوسَ : بِمِ حَبَسْتَ ؟ وَلَا يَخْلُو جَوَابُهُ مِنْ خَمْسَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَقُولَ : حَبَسْتَنِي بِحَقٍّ لَهُ حَالٌ ، أَنَا مَلِيٌّ بِهِ ^(٦٣) . فَيَقُولُ لَهُ الْحَاكِمُ : اقْضِهِ ، وَإِلَّا رَدَدْتُكَ إِلَى الْحَبْسِ . الثَّانِي ، أَنْ يَقُولَ : لَهُ عَلَى ذَيْنِ ، أَنَا مُعْسِرٌ بِهِ . فَيَسْأَلُ خَصَّمُهُ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ، فَلَسَهُ الْحَاكِمُ وَأَطْلَقَهُ . وَإِنْ كَذَّبَهُ ، نَظَرَ فِي سَبَبِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ كَانَ شَيْئًا حَصَلَ لَهُ بِهِ مَالٌ ، كَقَرْضٍ أَوْ شِرَاءٍ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَهُ فِي الْإِعْسَارِ إِلَّا بَيِّنَةً بِأَنْ مَالَهُ تَلَفَ أَوْ تَقَدَّرَ ، أَوْ بَيِّنَةً أَنَّهُ مُعْسِرٌ ، فَيَرْوُلُ الْأَصْلُ الَّذِي ثَبَتَ ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ مِنَ الْمَالِ . وَإِنْ لَمْ يُثَبِّتْ لَهُ أَصْلُ مَالٍ ، وَلَمْ تَكُنْ لَخَصَّمِهِ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَحْبُوسِ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ مُعْسِرٌ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْإِعْسَارُ . وَإِنْ شَهِدَتْ لَخَصَّمِهِ بَيِّنَةٌ بِأَنْ لَهُ مَالًا ، لَمْ تُقْبَلْ حَتَّى يُعَيَّنَ ^(٦٤) ذَلِكَ الْمَالُ بِمَا يَتَمَيَّزُ بِهِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ

(٦٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « أَنْ » .

(٦٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

(٦٤) فِي ب ، م : « تَعَيَّنَ » .

بدارٍ مُعَيَّنَةٍ أو غيرِها ، وصدَّقَها ، فلا كلام ، وإن كَذَّبَها ، وقال : ليس هذا لي ، وإنَّما هو في يَدَي لَعِيرِي . لم يُقْبَلْ إلَّا أن يُقَرَّ به إلى واحدٍ بَعَيْنِهِ ، فإن كان الذي أقرَّ له به حاضِرًا ، نَظَرْتُ ، فإن كَذَّبَ في إقرارِهِ ، سَقَطَ ، وقُضِيَ من المالِ دَيْنُهُ ، وإن صدَّقَهُ نَظَرْتُ ، فإن كان له به بَيِّنَةٌ ، فهو أَوْلَى ؛ لأنَّ له بَيِّنَةً ، وصاحبُ اليَدِ يُقَرُّ له به ، وإن لم تُكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فذكرَ القاضي أنَّه لا يُقْبَلُ قولُهما ، ويُقضى الدَّيْنُ منه ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ شَهِدَتْ لصاحبِ اليَدِ بالملكِ ، / فَتَضَمَّنَتْ شَهِادَتُهُما^(٦٥) وجوبَ القضاءِ منه ، فإذا لم تُقْبَلْ شَهِادَتُهُما^(٦٥) في حقِّ نَفْسِهِ ، قُبِلَتْ فيما تَضَمَّنَتْه ؛ لأنَّه حَقٌّ لغيرِهِ ؛ ولأنَّه مُتَّهَمٌ في إقرارِهِ لغيرِهِ ، لأنَّه قد يَفْعَلُ ذلك لِيُخَلِّصَ مالَهُ ، ويعودَ إليه ، فَتَلَحُّقُهُ تَهْمَةً ، فلم تَبْطُلِ البَيِّنَةُ بقَوْلِهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يثبتُ الإقرارُ ، وَتَسْقُطُ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّها تَشْهَدُ بالملكِ لمن لا يَدْعِيهِ ويُنْكِرُهُ . الجوابُ الثالثُ ، أن يقولَ : حبَسْنِي لأنَّ البَيِّنَةَ شَهِدَتْ على لِحْصَمِي بِحَقِّ لِيُبْحَثَ عن حالِ الشُّهُودِ . فهذا يَنْبَغِي على أَصْلِ ، وهو أنَّ الحاكمَ هل له ذلك أو لا ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّ الحبْسَ عذابٌ ، فلا يَتَوَجَّهُ عليه قبلُ ثبوتِ الحقِّ عليه . فعلى هذا لا يَرُدُّهُ إلى الحبْسِ إن صدَّقَهُ حَصْمُهُ في هذا . والثاني ، يجوزُ حبْسُهُ ؛ لأنَّ المُدْعَى قد أقامَ ما عليه ، وإنَّما يَبْقَى ما على الحاكمِ من البَحْثِ . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، فعلى هذا الوجْهِ ، يَرُدُّهُ إلى الحبْسِ حتى يَكْشِفَ عن حالِ شُهُودِهِ . وإن كَذَّبَ حَصْمُهُ ، وقال : بل قد عَرَفَ الحاكمُ عدالةَ شُهُودِي ، وحكَمَ عليه بالحقِّ . فالقولُ قولُهُ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ حَبْسَهُ بِحَقِّ . الجوابُ الرابعُ ، أنَّ^(٦٦) يقولَ : حبَسْنِي الحاكمُ بِثَمَنٍ كَلْبٍ ، أو قِيمَةِ خَمْرٍ أَرَقَّتْهُ لِدُمِّي ؛ لأنَّه كان يرى ذلك . فإن صدَّقَهُ حَصْمُهُ ، فذكرَ القاضي أنَّه يُطْلَقُ ؛ لأنَّ غُرْمَ هذا ليس بواجِبٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ الحاكمَ يُنْفِذُ حُكْمَ الحاكمِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه ليس له نَقْضُ حُكْمٍ غيرِهِ بِاجْتِهَادِهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَتَوَقَّفُ وَيَجْتَهِدُ أن يَصْطَلِحَا على شيءٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ

(٦٥) في ب ، م : « شهادتها » .

(٦٦) سقط من : الأصل ، م .

فَعَلَ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْآخِرَيْنِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ خَصْمُهُ ، وَقَالَ : بَلِ حُبِسْتُ بِحَقِّ وَاجِبٍ غَيْرِ هَذَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ حُبْسُهُ بِحَقِّ . الْجَوَابُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَقُولَ : حُبِسْتُ ظُلْمًا ، وَلَا حَقَّ عَلَيَّ . / فَيُنَادِي مُنَادِي الْحَاكِمِ بِذِكْرِ مَا قَالَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ رَجُلٌ فَقَالَ : أَنَا خَصْمُهُ . فَأَنْكَرَهُ ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، كُتِّفَ الْجَوَابُ عَلَى مَا مَضَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ خَصْمٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا خَصْمَ لَهُ ، أَوْ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، وَيُخْلَى سَبِيلُهُ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْرِ الْأَوْصِيَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَكُونُونَ نَازِلِينَ فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ وَتَفْرِيقِ الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ ، فَيَقْصِدُهُمُ الْحَاكِمُ بِالنَّظَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْظُورَ عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُهُ الْمَطَالَبَةُ بِحَقِّهِ ، فَإِنَّ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونِ لَا قَوْلَ لِهَما ، وَالْمَسَاكِينَ لَا يَتَعَيَّنُّ الْأَخْذُ مِنْهُمْ ، فَإِذَا قَدِمَ إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَبْلَهُ نَفَذَ وَصِيَّتَهُ ، لَمْ يَعْرِزْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ مَا نَفَذَ وَصِيَّتَهُ إِلَّا وَقَدْ عَرَفَ أَهْلِيَّتَهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَكِنْ يُرَاعِيهِ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُهُ بِفُسُقٍ أَوْ ضَعْفٍ ، أَضَافَ إِلَيْهِ أَمِينًا قَوِيًّا يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مَا نَفَذَ وَصِيَّتَهُ ، نَظَرَ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ أَمِينًا قَوِيًّا ، أَقْرَهُ ، وَإِنْ كَانَ أَمِينًا ضَعِيفًا ، ضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، عَزَلَهُ وَأَقَامَ غَيْرَهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْظُرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَرَّفَ ، أَوْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ ، وَهُوَ أَهْلٌ لِلْوَصِيَّةِ ، نَفَذَ تَصَرُّفَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَيْسَ بِأَهْلٍ ، وَكَانَ أَهْلُ الْوَصِيَّةِ بِالْغَيْنِ عَاقِلِينَ مُعَيَّنِينَ ، صَحَّ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قَبَضُوا حُقُوقَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا غَيْرَ مُعَيَّنِينَ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ غَيْرُ الْمُوصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِهَا ^(٦٧) ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْنَاءِ الْحَاكِمِ ، وَهُمْ مَنْ رَدَّ إِلَيْهِمُ الْحَاكِمُ النَّظَرَ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ ، وَتَفْرِيقِ الْوَصَايَا الَّتِي لَمْ يُعَيَّنْ لَهَا وَصِيٌّ ، فَإِنْ كَانُوا بِحَالِهِمْ ، أَقْرَهُمْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي

(٦٧) فِي الْأَصْلِ : « بَتَفْرِيقِهَا » .

قبله ولأهم، ومن تغيّر حاله منهم، عزّله إن فسق، وإن/ ضَعُف، ضمّ إليه أمينًا . ١٠/١١ و

فصل: ثم ينظر في أمر الضوّال واللقطة التي تولّى الحاكم حفظها؛ فإن كانت ممّا يخاف تلفه كالحيوان، أو في حفظه مؤنة كالأموال الجافية، باعها، وحفظ ثمنها لأربابها، وإن لم تكن كذلك كالأثمان، حفظها لأربابها، ويكتب عليها لتعرف.

١٨٦٥ - مسألة؛ قال: (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ)

لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه، في أن القاضي لا ينبغي له أن يقضي وهو غضبان. كره ذلك شريح، وعمر بن عبد العزيز، وأبو حنيفة، والشافعي. وكتب أبو بكره إلى عبد الله بن أبي بكره وهو قاضي بسجستان، أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان ». متفق عليه^(١). وكتب عمر، رضي الله عنه، إلى أبي موسى: إياك والعصب، والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتكبر لهم عند الخصومة، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم، فأوجع رأسه^(٢). ولأنه إذا غضب تغير عقله، ولم يستوف رأيه وفكره. وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره، من الجوع المفرط، والعطش الشديد، والوجع المزيج، ومداغة أحد الأختين، وشدة التعاسي، والهَم، والعَم، والحزن، والفرج، فهذه كلها تمنع الحاكم؛ لأنها تمنع حضور القلب، واستيفاء الفكر، الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه، فتجري مجراه. فإن حكم في الغضب أو ما شاكلة، فحكى عن القاضي، أنه لا ينفذ قضاؤه؛ لأنه منهى عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه^(٣). وقال في «المجرد»: ينفذ قضاؤه. وهو مذهب الشافعي؛ لما روي، أن النبي ﷺ اختصم إليه الزبير

(١) تقدم تخريجه، في صفحة ١٩، ٢٠.

(٢) أخرجه عبد الرزاق، في: باب القضاة، من كتاب الجامع. المصنف ١١/٣٢٨، ٣٢٩.

(٣) سقط من: الأصل.

ورجل من الأنصار ، في شِراجِ الحرة^(٤) ، فقال النبي ﷺ للزبير : « اسق ، ثم أرسل
 ١٠/١١ ط الماء إلى جارك » . فقال الأنصاري : أن كان ابن عمّتك . فغضب رسول الله ﷺ /
 وقال للزبير : « اسق ، ثم احبس الماء حتى يبلع الجدر^(٥) » . متفق عليه^(٦) . فحكم
 في حال غضبه . وقيل : إنما يمنع الغضب الحاكم^(٧) إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في
 المسألة ، فأما إن اتضح الحكم ، ثم عرض الغضب ، لم يمنع ؛ لأن الحق قد استبان قبل
 الغضب ، فلا يؤثر الغضب فيه .

١٨٦٦ - مسألة : قال : (وإِذَا نَزَلَ بِهَ الْأَمْرُ الْمُشْكِلُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، شَاوَرَ فِيهِ أَهْلَ
 الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ)

وجُمِلَتْهُ أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا حَضَرَتْهُ قَضِيَّةٌ تَبَيَّنَ لَهُ حُكْمُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ سُنَّةِ
 رَسُولِهِ ، أَوْ إِجْمَاعٍ ، أَوْ قِيَاسٍ جَلِيِّ ، حَكَمَ وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى رَأْيِ غَيْرِهِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ
 ﷺ لِمُعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ : « بِمِ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتاب الله . قال : « فَإِنْ لَمْ
 تَجِدْ ؟ » . قال : بسنة رسول الله ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » . قال : أجتهد
 رأيي ، ولا ألو . قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ
 اللَّهِ »^(١) . وإن احتاج إلى الاجتهاد ، استحب له أن يشاور ؛ لقول الله تعالى :
 ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾^(٢) . قال الحسن : إن كان رسول الله ﷺ لغيرنا عن
 مشاورتهم ، وإنما أراد أن يستن بذلك الحكم بعده^(٣) . وقد شاور النبي ﷺ أصحابه

(٤) شراج الحرة : مسيل الماء منها إلى السهل .

(٥) الجدر : الحائط ، كالجدار .

(٦) تقدم ترجمه ، في : ١٦٨/٨ ، ١٦٩ .

(٧) ف ب : « الحكم » .

(١) تقدم ترجمه ، في : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(٢) سورة آل عمران ١٥٩ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب مشاورة القاضي والوالي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

. ١٠٩/١٠ .

في أُسَارَى بَذِير^(٤) ، وفي مُصَالِحَةِ الْكُفَّارِ يَوْمَ الْخُنْدِ^(٥) ؛ وفي لِقَاءِ الْكُفَّارِ يَوْمَ بَذِير^(٦) .
 وَرَوَى : ما كان أَحَدٌ أَكْثَرَ مُشَاوَرَةً لِأَصْحَابِهِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ^(٧) . وشاور أبو بكر
 النَّاسَ فِي مِيرَاثِ الْجَدَّةِ^(٨) ، وعمرُ فِي دِيَةِ الْجَنِينِ^(٩) ، وشاورَ الصَّحَابَةَ فِي حَدِّ
 الْخَمْرِ^(١٠) . وَرَوَى : أَنَّ عَمَرَ كَانَ يَكُونُ عَنْدهُ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ،
 مِنْهُمْ عِثَانُ وَعَلِيٌّ وَطَلْحَةُ وَالزُّبَيْرُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ ، إِذَا نَزَلَ بِهِ الْأَمْرُ شَاوَرَهُمْ
 فِيهِ^(١١) . وَلَا مُخَالَفَ فِي اسْتِحْبَابِ ذَلِكَ ، قَالَ أَحْمَدُ : لَمَّا وَلِيَ سَعْدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ قَضَاءَ
 الْمَدِينَةِ ، كَانَ يَجْلِسُ بَيْنَ الْقَاسِمِ وَسَالِمٍ يُشَاوِرُهُمَا ، وَوَلِيَ مُحَارِبُ بْنُ دِثَارٍ قَضَاءَ
 الْكُوفَةِ ، فَكَانَ يَجْلِسُ بَيْنَ الْحَكَمِ وَحَمَّادٍ يُشَاوِرُهُمَا ، مَا أَحْسَنَ / هَذَا لَوْ كَانَ الْحُكَّامُ
 يَفْعَلُونَهُ ، يُشَاوِرُونَ وَيَنْتَظِرُونَ . وَلَئِنَّهُ قَدْ يَنْتَبِهُ بِالْمُشَاوَرَةِ ، وَيَتَذَكَّرُ مَا نَسِيَهِ بِالْمُذَاكِرَةِ ،
 وَلَئِنْ الْإِحَاطَةَ بِجَمِيعِ الْعُلُومِ مُتَعَدِّةٌ . وَقَدْ يَنْتَبِهُ لِإِصَابَةِ الْحَقِّ وَمَعْرِفَةِ الْحَادِثَةِ مَنْ هُوَ دُونَ
 الْقَاضِي ، فَكَيْفَ بِمَنْ يُسَاوِيهِ أَوْ يَزِيدُ عَلَيْهِ ! فَقَدْ رَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِّيقَ ، رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُ ، جَاءَتْهُ الْجَدَّتَانِ ، فَوَرَّثَتْهُمُ الْأُمُّ ، وَأَسْقَطَتْهُمُ الْأَبُ ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ
 سَهْلٍ : يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ ، لَقَدْ أَسْقَطْتَ التِّي لَوْ مَاتَتْ وَرَثَتُهَا ، وَوَرَّثْتَ التِّي لَوْ
 مَاتَتْ لَمْ يَرْتَهَا . فَرَجَعَ أَبُو بَكْرٍ ، فَأَشْرَكَ بَيْنَهُمَا^(١٢) . وَرَوَى عَمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، عَنِ الشَّعْبِيِّ ،

١١/١١ و

-
- (٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٥/١٣ .
 (٥) انظر ما تقدم في : ١٥٦/١٣ .
 (٦) أخرجه مسلم ، في : باب غزوة بدر ، من كتاب الجهاد والسير . صحيح مسلم ١٤٠٣/٣ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٢١٩/٣ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ . وانظر : الدر المنثور ١٦٣/٣ .
 (٧) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في المشورة ، من كتاب الجهاد . عارضة الأحوذی ٢١٠/٧ . والبيهقي ،
 في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٩/١٠ . والإمام الشافعي ،
 انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند ٧٧٧/٢ .
 (٨) تقدم تخريجه ، في : ٥٤/٩ .
 (٩) تقدم تخريجه ، في : ٦٠/١٢ .
 (١٠) تقدم تخريجه ، في : ٤٩٤/١٢ .
 (١١) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب من يشاور ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١١٣/١٠ .
 (١٢) سقط من : الأصل .
 (١٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٥/٩ .

أَنْ كَعَبَ بَنَ سُورِ^(١٤) ، كان جالساً عند عمر ، فجاءته امرأة ، فقالت : يا أمير المؤمنين ، ما رأيت رجلاً قطُّ أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليلاً قائماً ، ويظلُّ نهاره صائماً في اليوم الحارِّ ما يُفْطِرُ . فاستغفر لها ، وأثنى عليها ، وقال : مثلك أثنى^(١٥) الخير . قال : واستحييت المرأة فقامت راجعةً ، فقال كعب : يا أمير المؤمنين ، هلاً أعديت المرأة على زوجها ؟ قال : وما شككت ؟ قال : شككت زوجها أشدَّ الشكاية . قال : أو ذاك أردت ؟ قال : نعم . قال : ردُّوا على المرأة . فقال : لا بأس بالحق أن تقوليه ، إنَّ هذا زعم أهلك جئت تشكين زوجك ، أنه يجتنب فراشك . قالت : أجل ، إني امرأة شابةٌ ، وإني لأبتغي ما يبتغي النساءُ . فأرسل إلى زوجها ، فجاء ، فقال لكعب : اقضي بينهما . قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما . قال : عزمتُ عليك لتقضي بينهما ، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال : فإنني أرى كأنها امرأة^(١٦) عليها ثلاث نسوة ، هي^(١٧) رابعتهن ، فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن^(١٨) يتعبد فيهن ، ولها يومٌ وليلةٌ . فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب إلي من الآخر ، اذهب فأنت قاضي على البصرة^(١٩) . إذا ثبت هذا ، فإنه يشاور أهل العلم والأمانة ؛ لأنَّ من ليس كذلك فلا قول^{١١/١١} له في الحادثة ، ولا يسكن إلى قوله . / قال سفيان : وليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الأمانة . ويشاورُ الموافقين والمخالفين ، ويسألهم عن حجَّتهم ، ليبين له الحق .

فصل : والمشاورة ههنا لاستخراج الأدلة ، ويعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يقلد غيره ، ويحكم بقول سيواه ، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه ، أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت ، أو لم يضيق . وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد .

(١٤) في م : « سوار » . خطأ .

(١٥) في ب ، م : « أثنى » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « وهي » .

(١٨) في ب ، م : « بليالهن » .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٨/١٠ .

وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد ، جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد . ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد . ولنا ، أنه من أهل الاجتهاد ، فلم يجز له تقليد غيره ، كما لو كان مثله ، كالمجتهدين في القبلة ، وما ذكره ^(٢٠) ليس بصحيح ؛ فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ ، لم يجز له أن يعمل به ، وإن كان لم يبين له الحق ، فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يُخضِرَ مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة ، يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكمه باجتهاده ، فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ؛ لأن فيه أفيائاً عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً ^(٢١) أو إجماعاً .

فصل : وينبغي له أن يُخضِرَ شهوده مجلسه ، ليستوفي بهم الحقوق ، وثبت بهم الحجج والمحاضر ، فإن كان ممن يحكم بعلمه ، فإن شاء أذنهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم / ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه ، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعو كلام المتخاصمين ، لئلا يقر منهم مقرر ثم ينكر ويحجد ، فيحفظوا عليه إقراره ، ويشهدوا به .

فصل : وإذا اتصلت به الحادثة ، واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها لبس ، أمرها بالصلح ، فإن أبيأ أخرهما إلى البيان ، فإن عجلها قبل

(٢٠) في الأصل : « ذكره » .

(٢١) في الأصل : « قضاء » .

البيان ، لم يصلح حكمه . وممن رأى الإصلاح بين الخصمين ، شريح ، وعبد الله بن عتبة ، وأبو حنيفة ، والشَّعْبِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ . وروى عن عمر ، أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن^(٢٢) . قال أبو عبيد : إنما يسعه الصلح في الأمور المشككة ، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين ، وتبين له موضع الظالم ، فليس له أن يحملهما على الصلح . ونحوه قول عطاء . واستحسنه ابن المنذر . وروى^(٢٣) عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة .

فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا نظر في سنة رسوله ، فإن لم يجدها ، نظر في القياس ، فألحقها بأشبه الأصول^(٢٤) بها ؛ لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل ، وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة ، عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرؤ والرجال مجهولون ، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور ، والإمام أحمد ، وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقهم ، فروى سعيد ، أن عمر قال لشريح : انظر ما يتبين لك في كتاب الله ، فلا تسأل عنه أحدا ، وما لا يتبين لك في كتاب الله ، فاتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك في السنة ، فاجتهد فيه رأيك^(٢٥) . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

١٢/١١ ظ / ١٨٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ يَعْلِمِهِ)

(٢٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يرد القاضى الخصوم حتى يصطلحوا ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٣٠٣/٨ ، ٣٠٤ . وابن أبى شيبة ، في : باب في الصلح بين الخصوم ، من كتاب الأقضية والبيوع . المصنف ٢١٣/٧ ، ٢١٤ .

(٢٣) في الأصل : « وروى » .

(٢٤) في م : « الوصول » تحريف .

(٢٥) أخرجه ، عن عمر ، ومن طريق سعيد بن منصور ، البيهقي ، في : باب موضع المشاورة . كما أخرجه عن عمر وابن مسعود ، في : باب ما يقضى به القاضى ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١١٠/١٠ ، ١١٥ .

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح ، والشَّعْبِي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبي عُبَيْد ، ومحمد بن الحسن . وهو أحد قولَي الشَّافِعِي . وعن أحمد ، رواية أخرى : يجوز له ذلك . وهو قول أبي يوسف ، وأبي ثور ، والقول الثاني للشَّافِعِي ، واختيار المُرْنِي ؛ لأن النبي ﷺ لما قالت له هند : إنَّ أبا سُفْيَانَ رجلٌ شحيحٌ ، لا يُعْطِينِي مِنَ التَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . قال : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(١) . فحكم لها من غير بَيِّنَةٍ ولا إقرار ، لعلمه بصِدْقِهَا . وروى ابنُ عبد البر ، في « كتابه » أن عُرْوَةَ وَمُجَاهِدًا رَوَيَا ، أن رجلاً من بني مَخْزُومٍ استعذى عمرَ بن الخطَّابِ على أبي سُفْيَانَ بنِ حَرْبٍ ، أنه ظلمه حدًا في موضع كذا وكذا . قال عمرُ : إني لأعلمُ النَّاسَ بذلك ، ورُبَّمَا لَعِبْتُ أنا وأنتَ فيه ، ونحن غلمانٌ ، فاتَّيْنِي بأبي سُفْيَانَ . فأتاهُ به ، فقال له عمرُ : يا أبا سُفْيَانَ ، انْهَضْ بنا إلى مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا . فَتَهَضُّوا ، ونظرَ عمرُ ، فقال : يا أبا سُفْيَانَ ، خُذْ هذا الحجرَ من ههنا فضعه ههنا . فقال : والله لا أفعل . فقال : والله لتفعلن . فقال : والله لا أفعل . فعلاه بالذِّرَّةِ ، وقال : خُذْهُ لَا أُمُّ لَكَ ، فضعه ههنا ، فإنَّكَ ما عَلِمْتَ قَدِيمُ الظُّلْمِ . فأخذ أبو سُفْيَانَ الحجرَ ، ووضعه حيثُ قال عمرُ ، ثم إنَّ عمرَ اسْتَقْبَلَ القَبِيلَةَ ، فقال : اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ حيثُ لم تُمَتِّنِي حتى غَلَبْتُ أبا سُفْيَانَ على رأيه ، وأذَلَّتْهُ لِي بالإسلام . قال : فاستقبل القَبِيلَةَ أبو سُفْيَانَ ، وقال : اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ ، إذ لم تُمَتِّنِي حتى جَعَلْتَ في قلبي من الإسلامِ ما أَدَّلُ بِهِ لِعَمْرٍ . قال ^(٢) : فحكم بعلمه . ولأنَّ الحاكمَ يحكمُ بالشَّاهِدَيْنِ ، لأنَّهما يَعْلِمَانِ على الظَّنِّ ، فما تَحَقَّقَهُ وقطعَ به ، كان أولى ، ولأنَّه يحكمُ بعلمه في تَعْدِيلِ الشُّهُودِ وَجَرِّحِهِمْ ، فكذلك في ثبوتِ الحَقِّ ، قياسًا / عليه . وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوقِ الله ، لا يحكمُ فيه بعلمه ؛ لأنَّ حقوقَ الله تعالى مَبْنِيَّةٌ على المُسَاهَلَةِ والمُسَامَحَةِ ، وأمَّا حقوقُ الْآدَمِيِّينَ فما عَلِمَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ ^(٣) لم ^(٤) يحكمُ به ، وما علمه في

(١) تقدم تخريجه ، في : ٣٤٨/١١ .

(٢) في ب ، م : « قالوا » .

(٣) في الأصل : « ولاية » .

(٤) في الأصل : « لا » .

وَلَايَتِهِ ، حَكَمَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا عَلِمَهُ قَبْلَ وَلَايَتِهِ بِمَنْزِلَةٍ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ ، وَمَا عَلِمَهُ فِي وَلَايَتِهِ ، بِمَنْزِلَةٍ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ فِي وَلَايَتِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ » ^(٥) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي بِمَا يَسْمَعُ ، لَا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي قَضِيَّةِ الْحَضْرَمِيِّ وَالْكِنْدِيِّ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ » ^(٦) . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ تَدَاعَى عِنْدَهُ رَجُلَانِ ، فَقَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا : أَنْتَ شَاهِدِي . فَقَالَ : إِنْ شِئْتُمَا شَهِدْتُ وَلَمْ أَحْكَمْ ، أَوْ أَحْكَمْ وَلَا أَشْهَدُ ^(٧) . وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، ^(٨) فِي « كِتَابِهِ » ^(٨) ، عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أَبَا جَهْمٍ عَلَى الصَّدَقَةِ ^(٩) ، فَلَا حَاحَ رَجُلٌ فِي فَرِيضَةٍ ، فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ ، فَأَتَوْا النَّبِيَّ ﷺ ، فَأَعْطَاهُمُ الْأَرْضَ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنِّي خَاطَبْتُ النَّاسَ ، وَمُخْبِرُهُمْ أَنَّكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرْضِيْتُمْ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ . فَصَعَدَ النَّبِيُّ ﷺ الْمِنْبَرَ ^(١٠) ، فَخَطَبَ ، وَذَكَرَ الْقِصَّةَ ،

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب من أقام البينة بعد اليمين ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب حدثنا محمد بن كثير ، من كتاب الحيل . وفي : باب موعظة الإمام للخصوم ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٢٣٥/٣ ، ٣٢/٩ ، ٨٦ . ومسلم ، في : باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ . وأبو داود ، في : باب في قضاء القاضي إذا أخطأ ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٠/٢ ، ٢٧١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في التشديد ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحوذى ٨٣/٦ ، ٨٤ . والنسائي ، في : باب الحكم بالظاهر ، وباب ما يقطع القضاء ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٥/٨ ، ٢١٧ . وابن ماجه ، في : باب قضية الحاكم لا تحمل حراما ولا تحرم حلالا ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٧/٢ . والإمام مالك ، في : باب الترغيب في القضاء بالحق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٠٣/٦ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣٠٨ ، ٣٢٠ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة بالنار ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٣/١ ، ١٢٤ . وأبو داود ، في : باب في من حلف يميناً ... ، من كتاب الإيمان ، وفي : باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ١٩٨/٢ ، ٢٨٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن البينة على المدعى ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحوذى ٨٦/٦ .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يدعى شهادة القاضي أو الوالي ، من كتاب البيوع . المصنف ٥٣٨/٦ . (٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) في الأصل زيادة : « فَأَعْطَاهُمْ » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

وقال : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » قالوا : لا . فهم بهم المهاجرون ، فنزل النبي ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد ، فخطب الناس ، ثم قال : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » . قالوا : نعم ^(١١) . وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

وروى عن أبي بكر الصديق ، رضي الله عنه ، أنه قال : لو رأيتُ حداً على رجل ، لم أحده ^(١٢) حتى تقوم البينة . ولأن تجويز القضاء بعلمه يُفضي إلى تهمته ، والحكم بما اشتبه ، ويُحيله على علمه . فأما حديث أبي سفيان ، فلا حجة فيه ؛ لأنه فتيا لا حكم ، بدليل أن النبي ﷺ أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ، ولو كان / حكماً عليه لم يحكم عليه في غيبته . وحديث عمر الذي رَوَّه ، كان إنكاراً لمُنكر رآه ، لا حكم ^(١٣) ، بدليل أنه ما وجد منهما دعوى وإنكاراً بشروطهما ، ودليل ذلك ما رويناه عنه ، ثم لو كان حكماً ، كان معارضاً بما رويناه عنه ، ويفارق الحكم بالشاهدين ؛ فإنه لا يُفضي إلى تهمته ، بخلاف مسألتنا . وأما الجرح والتعديل ، فإنه يحكم فيه بعلمه ، بغير خلاف ؛ لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه ، لتسلسل ، فإن المُرَكِّين يحتاج إلى معرفة عدلتهما وجرحهما ، فإذا لم يعمل بعلمه ، احتاج كل واحد منهما إلى مُرَكِّين ، ثم كل واحد منهما يحتاج إلى مُرَكِّين ، فيتسلسل ، وما نحن فيه بخلافه .

فصل : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه ، إذا سمعه معه شاهدان ، فإن لم يسمعه معه أحد ، أو سمعه شاهداً ، فنص أحمد على أنه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان ؛ لأنه حكم بعلمه .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب العامل يصاب على يديه خطأ ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٩/٢ . والنسائي ، في : باب السلطان يصاب على يديه ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣١/٨ . وابن ماجه ، في : باب الجراح يفتدى بالقود ، من كتاب الدييات ٨٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٢/٦ .

(١٢) في ب زيادة : « منه » .

(١٣) كذا ورد في النسخ .

١٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُضُ ^(١) مِنْ حُكْمٍ غَيْرِهِ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ ، إِلَّا مَا خَالَفَ نَصَّ كِتَابٍ ، أَوْ سُنَّةٍ ، أَوْ إِجْمَاعًا)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا رُفِعَتْ إليه قضيَّةٌ قد قضى بها حاكمٌ سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه ، نظرت ؛ فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع ، نَقَضَ حُكْمَهُ . وهذا قال الشافعي ، وزاد : إذا خالف قياساً ^(٢) جلياً نَقَضَهُ . وعن مالك ، وأبي حنيفة ، أنهما قالا : لا يَنْقُضُ الْحُكْمُ إِلَّا إِذَا خَالَفَ الْإِجْمَاعَ . ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حَكَمَ بِالشُّفْعَةِ لِلْجَارِ نَقَضَ حُكْمَهُ . وقال أبو حنيفة : إذا حَكَمَ بِبَيْعٍ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ ، أَوْ حَكَمَ / بَيْنَ الْعَبِيدِ بِالْقُرْعَةِ ، نَقَضَ حُكْمَهُ . وقال محمد بن الحسن : إذا حَكَمَ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ، نَقَضَ حُكْمَهُ . وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا يَنْقُضُ مَا لَمْ يُخَالَفِ الْإِجْمَاعُ بِأَنَّهُ يَسُوعُ فِيهِ الْخِلَافُ ، فلم يَنْقُضْ حُكْمَهُ فِيهِ ، كما لا نص فيه . وحكى عن أبي ثور ، وداود ، أنه يَنْقُضُ جَمِيعَ مَا بَانَ لَهُ خَطْؤُهُ ؛ لَأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى : لَا يَمْنَعَنَّكَ قَضَاءُ قَضِيَّتِهِ بِالْأَمْسِ ، ثُمَّ رَاجَعَتْ نَفْسُكَ فِيهِ الْيَوْمَ ، فَهَدَيْتَ لِرُشْدِكَ ^(٣) ، أن تُرَاجِعَ فِيهِ الْحَقَّ ؛ فَإِنَّ الرُّجُوعَ إِلَى الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ ^(٤) . ولأنه خطأ ، فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه . ولنا ، على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً ، أنه قضاء لم يُصَادَفْ شَرْطُهُ ، فوجب نقضه ، كما لو لم يُخَالَفِ الْإِجْمَاعَ ، وبيان مخالفته للشَّروط ، أن شَرْطَ الْحُكْمِ بِالْاجْتِهَادِ عَدَمُ النَّصِّ ، بدليل خبر معاذٍ ، ولأنه إذا تَرَكَ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ ، فَقَدْ قَرَّطَ ، فوجب نقض حُكْمِهِ ، كما

(١) في الأصل : « يَنْقُضُ » .

(٢) في م : « نصا » .

(٣) في الأصل : « إلى رشدك » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، من كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ .

لو خالف الإجماع ، أو كمالو حكم بشهادة كافرين . وما قالوه يَبْطُلُ بما حكيناه عنهم .
فإن قيل : أليس إذا صلّى بالاجتهاد إلى جهة ، ثم بان له الخطأ لم يُعَد ؟ قلنا : الفرق بينهما
من ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أن استقبَالَ القبلة يَسْقُطُ حال العذر^(٥) ، في حال
المُسَايَفة^(٦) والخوف من عدو^(٧) أو سَيْل^(٧) أو سُبُع أو نحوه ، مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق
إلى غيره مع العلم بحال . الثاني ، أن الصلاة من حقوق الله تعالى ، تدخلها المُسامحةُ .
الثالث ، أن القبلة يَتَكَرَّرُ فيها اشتباه القبلة ، فيشُقُّ القضاء . [و]^(٨) هُنا إذا بان له
الخطأ لا يعودُ الاشتباه بعد ذلك . وأما / إذا تغيّر اجتهاده من غير أن يُخالف نصًّا ولا
إجماعًا ، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله ، لم ينقضه^(٩) لمخالفته ؛ لأن الصحابة ،
رضي الله عنهم ، أجمعوا على ذلك ، فإن أبا بكرٍ حكم في مسائل باجتهاده ، وخالفه
عمر ، ولم ينقض أحكامه ، وعليّ خالف عمر في اجتهاده ، فلم ينقض أحكامه ،
وخالفهما عليّ ، فلم ينقض أحكامهما ، فإن أبا بكرٍ سوى بين الناس في العطاء ،
وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ، ففاضل بين الناس ، وخالفهما عليّ فسوى بين الناس
وحرم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله^(١٠) ، وجاء أهل نجران إلى عليّ
فقالوا : يا أمير المؤمنين ، كتابك بيدك ، وشفاعتك بلسانك . فقال : وَيَحْكُم ، إن
عمر كان رَشيْدَ الأمر ، ولن أَرُدَّ قضاءً قضى به عمر . رواه سعيد^(١١) . وروى أن عمر
حكم في المُشْرَكة بإسقاط الإخوة من الأبوين ، ثم شك^(١٢) بينهم بعد ، وقال : تلك

(٥) في الأصل زيادة : « فيه » .

(٦) في الأصل ، ١ : « المسابقة » .

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : « ينتقضه » .

(١٠) انظر ما تقدم في : ٣٠/٩ .

(١١) وأخرجه البيهقي ، في : باب من اجتهد من الحكماء ثم تغيّر اجتهاده ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٢٠/١٠ .

(١٢) في الأصل : « يشرك » .

على ما قضينا ، وهذه على ما قضينا^(١٣) . وقضى في الجد بقضايا مختلفة ، ولم يرَدَّ الأولى^(١٤) . ولأنه يودى إلى نقض الحكم بمثله ، وهذا يودى إلى أن لا يثبت الحكم أصلاً ؛ لأن الحاكم^(١٥) الثاني يخالف الذى قبله ، والثالث يخالف الثانى ، فلا يثبت حكم . فإن قيل : فقد روى أن شريحاً حكم فى ابنى عم ، أحدهما أخ لأُم ، أن المال للأخ ، فرفع ذلك إلى على ، رضى الله عنه ، فقال : على بالعبد . فجىء به . فقال : فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(١٦) . فقال له على : فقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ ﴾^(١٧) . ونقض حكمه^(١٨) . قلنا : لم يثبت عندنا أن علىاً نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون على / رضى الله عنه ، اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها ، فنقض حكمه لذلك . ١٥/١١

فصل : إذا تغير اجتهاده قبل الحكم ، فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول ؛ لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل ، وهذا كما قلنا فى من تغير اجتهاده فى القبلة بعد ما صلى لا يعيد ، وإن كان قبل أن يصلى ، صلى^(١٩) إلى الجهة التى تغير اجتهاده إليها . وكذلك^(٢٠) إذا بان فسق الشهود قبل الحكم ، لم يحكم بشهادتهم ، ولو بان بعد الحكم ، لم ينقضه .

-
- (١٣) أخرجه البيهقى فى الموضع السابق . وانظر ما تقدم فى : ٢٤ / ٩ .
(١٤) انظر : ما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى قول عمر فى الجد ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٣٥٤ / ٢ .
(١٥) فى ب : « الحكم » .
(١٦) سورة الأنفال ٧٥ .
(١٧) سورة النساء ١٢ .
(١٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث ابنى عم ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٢٣٩ / ٦ ، ٢٤٠ .
وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابنى عم أحدهما أخ لأُم ، من كتاب الفرائض . السنن ٦٤ / ٣ .
(١٩) سقط من : الأصل ، م .
(٢٠) فى ب ، م : « ولذلك » .

فصل: وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ؛ لأنَّ الظاهرَ صحتها وصوابها ،
وأنَّه لا يؤلَّى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإنَّ تتبعها نظر في الحاكم قبله ، فإن كان
ممنَّ يصلح للقضاء ، فما وافق من أحكامه الصواب ، أو لم يخالف كتاباً ولا سنةً ولا
إجماعاً ، لم يسع نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة ، وكان في حقِّ الله تعالى ،
كالعتاق والطلاق ، نقضه ؛ لأنَّ له النظر في حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق
آدمي ، لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه ؛ لأنَّ الحاكم لا يستوفى حقاً لمن لا ولاية عليه بغير
مطالبيته ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه . وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء ،
نقضت قضايا المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا
يسوغ ؛ لأنَّ حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كلاً قضاءً ، لعدم شرط القضاء فيه ، وليس
في نقض قضايا نقض الاجتهاد بالاجتهاد ؛ لأنَّ الأول ليس باجتهاد ، ولا ينقض ما وافق
الصواب ؛ لعدم الفائدة في نقضه ، فإنَّ الحق وصل إلى مستحقه . وقال أبو الخطاب :
ينقض قضاياه كلها ؛ ما أخطأ فيه وما أصاب . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ وجود قضاياه
كعدمه . ولا أعلم فيه فائدة ، فإنَّ / الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير
حكم ، لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

١١/١٥١ ظ

فصل: وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته ، في قول جمهور العلماء ؛ منهم
مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، ومحمد بن
الحسن . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم^(٢١) بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه
ظاهراً وباطناً ، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته ، فقبلهما القاضي
بظاهري عدلتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء
عدتها ، وهو عالم بتعمده الكذب ، ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة ، وهو يعلم أنه
كاذب ، وأقام شاهدين زور ، فحكم الحاكم ، خلَّت له بذلك ، وصارت زوجته .
قال ابن المنذر : وتفرد أبو حنيفة ، فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين ،

(٢١) سقط من : الأصل .

شَهِدَا لَهَا بِطَلَاقي زَوْجِهَا، وَهَما يَعْلَمَانِ^(٢٢) كَذِبَهَا وَتَزْوِيرِهَا^(٢٢)، فَحُكِمَ الْحَاكِمُ بِطَلَاقِهَا،
لِحُلِّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَحُلَّ لِأَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ نِكَاحُهَا. وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحَهَا، فَرَفَعَهَا إِلَى عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَشَهِدَ لَهُ
شَاهِدَانِ بِذَلِكَ، فَقَضَى بَيْنَهُمَا بِالزَّوْجِيَّةِ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا تَزَوَّجَنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ،
اعْقِدْ بَيْنَنَا عَقْدًا حَتَّى أَجِلَّ لَهُ. فَقَالَ: شَاهِدَاكَ زَوْجَاكِ. فَدَلَّ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ ثَبِتَ
بِحُكْمِهِ. وَلَأنَّ اللَّعَانَ يَنْفَسِخُ^(٢٣) بِهِ النِّكَاحُ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا، فَالْحُكْمُ أَوْلَى.
وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ يَكُونُ
الْحَنَّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ
حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً / مِنَ النَّارِ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٤). وَهَذَا
يَدْخُلُ فِيهِ مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا، فَحُكِمَ لَهُ، وَلَأنَّهُ حُكِمَ بِشَهَادَةِ زَوْرٍ، فَلَا
يُحِلُّ لَهُ مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ، كَالْمَالِ الْمُطْلَقِ. وَأَمَّا الْخَبْرُ عَنْ عَلِيٍّ إِنْ صَحَّ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ
فِيهِ؛ لَأنَّهُ أَضَافَ التَّزْوِيجَ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ، لَا إِلَى حُكْمِهِ، وَلَمْ يُجِبْهَا إِلَى التَّزْوِيجِ؛ لَأنَّ فِيهِ
طَعْنًا عَلَى الشُّهُودِ. فَأَمَّا اللَّعَانُ، فَإِنَّمَا حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ بِهِ، لَا بِصِدْقِ الزَّوْجِ، وَلِهَذَا لَوْ
قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِهِ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ. إِذَا ثَبِتَ هَذَا، فَإِذَا شَهِدَ عَلَى امْرَأَةٍ بِنِكَاحٍ، وَحُكِمَ
بِهِ الْحَاكِمُ، وَلَمْ تَكُنْ زَوْجَتُهُ، فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ، وَيَلْزُمُهَا فِي الظَّاهِرِ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَمْتَنِعَ مَا
أَمَكْنَهَا، فَإِنْ أَكْرَهَهَا عَلَيْهِ، فَلَا تُثَمُّ عَلَيْهِ ذُنُوبُهَا، وَإِنْ وَطَّئَهَا الرَّجُلُ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا،
وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: عَلَيْهِ الْحَدُّ؛ لَأنَّهُ وَطَّئَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ. وَقِيلَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ؛
لَأنَّهُ وَطَّءٌ مُخْتَلَفٌ فِي جِلِّهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ. وَقَالَ
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ: تَحِلُّ لَزَوْجِ ثَانٍ، غَيْرَ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ مِنْهُ فِي الْحُكْمِ. وَقَالَ الْقَاضِي:
يَصِحُّ النِّكَاحُ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا يُفْضَى إِلَى الْجَمْعِ بَيْنِ الْوَطْءِ لِلْمَرْأَةِ مِنْ اثْنَيْنِ، أَحَدُهُمَا
يَطْوُّهَا بِحُكْمِ الظَّاهِرِ، وَالْآخَرُ بِحُكْمِ الْبَاطِنِ. وَهَذَا فِسَادٌ، فَلَا يُشْرَعُ،

(٢٢ - ٢٢) فِي النِّسْخِ: «كَذِبَهَا وَتَزْوِيرِهَا». وَالْمُثَبِّتُ مِنْ: الشَّرْحِ الْكَبِيرِ ٢٠٧/٦.

(٢٣) فِي الْأَصْلِ: «يَفْسَخُ».

(٢٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ، فِي صَفْحَةِ ٣٢.

ولأنَّها مَنْكُوحَةٌ لهذا الذى قَامَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ ، فى قول بعض الأئمَّة ، فلم يَجْزُ (٢٥) تَرْوِيْجُهَا لغيره ، كَالْمُتَرْوِجَةِ بغير وَلِيٍّ . وحكى أبو الخطَّاب ، عن أحمد ، روايةً أُخْرَى ، مثل مذهبِ أبى حنيفة ، فى أنَّ حُكْمَ الحَاكِمِ يُزِيلُ الْفُسُوحَ وَالْعُقُودَ . والأوَّلُ هو المذهب .

فصل : وإذا استعْدَى رجلٌ على رجلٍ إلى الحَاكِمِ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُعْذِرَهُ ، وَيَسْتَدْعِيَ خَصْمَهُ ، سَوَاءَ عَلِمَ بَيْنَهُمَا مُعَامَلَةً أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَسَوَاءَ كَانَ الْمُسْتَعْدَى مِمَّنْ يُعَامِلُ الْمُسْتَعْدَى عَلَيْهِ أَوْ لَا (٢٦) يُعَامِلُهُ ، كَالْفَقِيرِ يَدْعِي عَلَى ذِي ثَرْوَةٍ وَهَيْئَةٍ . نَصٌّ عَلَى هَذَا ، فى رواية / الأثرم ، فى الرجلِ يَسْتَعْدِي ، عَلَى الْحَاكِمِ ، أَنَّهُ يُحْضِرُهُ وَيَسْتَحْلِفُهُ . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ أبى حنيفة ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ فى تَرْكِهِ تَضْيِيعًا لِلْحَقِّ ، وَإِقْرَارًا لِلظُّلْمِ ، فَإِنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ لَهُ الْحَقُّ عَلَى مَنْ هُوَ أَرْفَعُ مِنْهُ بَعْضٌ ، أَوْ يَشْتَرِي مِنْهُ شَيْئًا وَلَا يُؤْفِيهِ ، أَوْ يُودِعُهُ شَيْئًا ، أَوْ يُعِيرُهُ إِيَّاهُ فَلَا (٢٧) يَرُدُّهُ ، وَلَا تُعْلَمُ بَيْنَهُمَا مُعَامَلَةٌ ، فَإِذَا لَمْ يُعْذِرْ عَلَيْهِ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَهَذَا أَعْظَمُ ضَرَرًا مِنْ حُضُورِ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، فَإِنَّهُ لَا نَقِصَةَ فِيهِ ، وَقَدْ حَضَرَ عَمْرُؤُا بَيٌّ عِنْدَ زَيْدٍ (٢٧) ، وَحَضَرَ هُوَ وَآخَرُ عِنْدَ شُرَيْجٍ ، وَحَضَرَ عَلَى عِنْدَ شُرَيْجٍ (٢٨) ، وَحَضَرَ الْمَنْصُورُ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْ وَلَدِ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَسْتَدْعِيهِ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ بَيْنَهُمَا مُعَامَلَةً ، وَيَتَبَيَّنُ أَنَّ لِمَا ادَّعَاهُ أَصْلًا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ فى ادَّعَائِهِ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ تَبْذِيلَ أَهْلِ الْمُرُوءَاتِ ، وَإِهَانَةً لِدَوَى الْهَيْئَاتِ ، فَإِنَّهُ لَا يَشَاءُ أَحَدًا أَنْ يُبْذَلَ لَهُمْ عِنْدَ الْحَاكِمِ إِلَّا فَعَلًا ، وَرَبَّمَا فَعَلَ هَذَا مَنْ لَا حَقَّ لَهُ لِيَفْتَدِيَ الْمَدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ حُضُورِهِ وَشَرَّ خَصْمِهِ بِطَائِفَةٍ مِنْ

(٢٥) فى الأصل : « يجب » .

(٢٦) فى الأصل : « لم » .

(٢٧) فى الأصل : « فلم » .

(٢٨) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى

ماله ، والأولى أولى ؛ لأنَّ ضررَ تضييع الحقِّ أعظمُ من هذا . وللمستعدي^(٢٩) عليه أن يوكلَ مَنْ يقومُ مقامه إن كره الحضور . وإن كان المستعدي^(٢٩) عليه امرأة نظرت ؛ فإن كانت برزة ، وهى التى تبرزُ لقضاءِ حوائجها ، فحكمها حكم الرجل . وإن كانت محدرة ، وهى التى لا تبرزُ لقضاءِ حوائجها ، أمرت بالتوكيل . فإن توجَّهت اليمينُ عليها ، بعثَ الحاكمُ أمينًا معه شاهدان ، فيستحلفها بحضرتها ، فإن أقرت ، شهدا عليها . وذكر القاضى أنَّ الحاكمَ يبعثُ مَنْ يقضىَ بينها وبين خصمها فى دارها . وهو مذهب الشافعى ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « وَاعْدِيَا أَنْتِ إِلَى أَمْرَةِ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمِيهَا »^(٣٠) . فبعثَ إليها ولم يستدعها . وإذا حضروا عندها ، كان بينها وبينهم سترٌ تنكلمُ من وراءه ، / فإن اعترفت للمدعى أنها خصمه ، حكمَ بينهما ، وإن أنكرت ذلك ، جىءَ بشاهدين من ذوى رَحِمِها ، يشهدان أنها المدعى عليها ، ثم يُحكمُ بينهما ، فإن لم تكن له بيَّنة ، التحفت بجلباها ، وأخرجت من وراء السترِ لموضع الحاجة . وما ذكرناه أولى ، إن شاء الله ؛ لأنَّه أستر لها ، وإذا كانت خفية ، منعها الحياءُ من النطقِ بحجَّتِها ، والتعبيرِ عن نفسها ، سيما مع جَهلِها بالحجة ، وقلة معرفتها بالشرع وحججه .

فصل : ولا يخلو المستعدي عليه من أن يكونَ حاضرًا أو غائبًا ؛ فإن كان حاضرًا فى البلد أو قريبًا منه ، فإن شاء الحاكم بعثَ مع المستعدي عونًا يحضر المدعى عليه ، وإن شاء بعثَ معه قطعة من شمع أو طين مختوما بخاتمه ، فإذا بعثَ معه ختمًا ، فعاد فذكر أنه امتنع ، أو كسر الختم ، بعثَ إليه عونًا^(٣١) ، فإن امتنع ، أنفذَ صاحب المعونة فأحضره ، فإذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع ، عزَّره إن رأى ذلك ، بحسب ما يراه ، تأدياً له ، إما بالكلام وكشف رأسه ، أو بالضرب أو بالحبس ، فإن

(٢٩) فى م : « وللمستعدي » .

(٣٠) تقدم تخرجه ، فى : ٣١٣/١٢ .

(٣١) فى ب ، م : « عيونا » .

اِخْتَبَأَ بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ ثَلَاثًا أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ سَمَّرَ بَابَهُ ، وَخَتَمَ عَلَيْهِ ، وَيَجْمَعُ أُمَاتِلَ جِيرَانِهِ وَيُشْهِدُهُمْ عَلَى إِعْذَارِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، وَسَأَلَ الْمُدْعَى أَنْ يُسَمِّرَ عَلَيْهِ مَنْزِلَهُ ، وَيَخْتِمَ عَلَيْهِ . وَتَقَرَّرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّ الْمَنْزَلَ مَنْزِلُهُ ، سَمَّرَهُ أَوْ خَتَمَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ عَدِلٍ ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ مَعَ فَلَانٍ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَسَمِعَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ كَمَا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ ، وَقَضَى حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . حَكَاهُ عَنْهُمْ أَحْمَدُ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، وَلَمْ تَكُنْ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةٌ ، فَكَانَ أَحْمَدُ يُنْكِرُ التَّهْجُمَ عَلَيْهِ ، وَيُسْتَدُّ عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ . / ١٧/١١ ظ

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ عَلِمَ لَهُ مَكَانًا ، أَمَرَ بِالْهَجُومِ عَلَيْهِ ، فَيَبْعَثُ خَصْمَانًا أَوْ عِلْمَانًا لَمْ يَتْلَعُوا الْحُلْمَ ، وَثِقَاتٍ مِنَ النِّسَاءِ مَعَهُمْ ذَوُو عَدْلٍ مِنَ الرِّجَالِ ، فَيُدْخِلُ النِّسَاءَ وَالصَّبِيَّانَ ، فَإِذَا حَصَلُوا فِي صَخْنِ الدَّارِ دَخَلَ الرِّجَالُ ، وَيُؤْمَرُ الْخَصْمَانُ بِالتَّقَشُّشِ ، وَيَتَفَقَّدُ^(٣٢) النِّسَاءُ النِّسَاءَ ، فَإِنْ^(٣٣) ظَفِرُوا بِهِ ، أَخَذُوهُ فَأَحْضَرُوهُ . وَإِنْ اسْتَعْدَى عَلَى غَائِبٍ نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ فِي غَيْرِ وِلَايَةِ الْقَاضِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْدَى عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا سَنَذَكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ فِي وِلَايَتِهِ ، وَلَهُ فِي بَلَدِهِ خَلِيفَةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ ، وَكُتِبَ بِهِ إِلَى خَلِيفَتِهِ ، وَلَمْ يَحْضُرْهُ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةً ، نَفَّذَهُ إِلَى خَصْمِهِ لِخَاصِمِهِ عِنْدَ خَلِيفَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ^(٣٤) فِيهِ خَلِيفَةٌ ، وَكَانَ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ،^(٣٥) أَذِنَ لَهُ فِي الْحُكْمِ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ^(٣٥) ، قِيلَ لَهُ : حَرِّزْ دَعْوَاكَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِيهِ لَيْسَ بِحَقٍّ عِنْدَهُ ، كَالشُّفْعَةِ لِلجَارِ ، وَقِيَمَةِ الْكَلْبِ ، أَوْ خَمْرِ الدَّمِيِّ ، فَلَا يُكَلِّفُهُ الْحُضُورَ لِمَا لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ ، مَعَ الْمَشَقَّةِ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْحَاضِرِ ، فَإِنَّهُ لَا مَشَقَّةَ فِي حُضُورِهِ ، فَإِذَا تَحَرَّرَتْ ، بَعَثَ فَأَحْضَرَ خَصْمَهُ

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « وَيَتَفَقَّدُونَ » .

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : « فَإِذَا » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٥-٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

بُعِدَتِ المسافَةُ أَوْ قَرِبَتْ . وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو يوسف : إن كان يُمكنه أن يحضُرَ ويُعوذَ فَيَأْوِي إلى مَوْضِعِهِ ، أَحْضَرَهُ ، وإلَّا لم يُحْضِرْهُ ، وَيُوجِبُهُ^(٣٦) مَنْ يَحْكُمُ بينهما . وقيل : إن كانت المسافة دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، أَحْضَرَهُ ، وإلَّا فلا . ولنا ، أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ فَصْلِ الْخُصُومَةِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا لم يُمكنْ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ ، فَعَلَ ذَلِكَ ، كَالْوَأْمِتْنَعِ مِنَ الْحُضُورِ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّبُ وَيُعَزَّرُ ، وَلَأنَّ الْحَاقَّ الْمَشَقَّةَ بِهِ أَوْلَى مِنَ الْحَاقِّهَا بِمَنْ يُنْفِذُهُ الْحَاكِمُ لِيَحْكُمَ بينهما . وإن كانت امرأةً بَرْزَةً ، لم يُشْتَرَطْ فِي سَفَرِهَا هَذَا مَحْرَمٌ . نصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، وَحَقِّ الْآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى الشُّعْخِ وَالضُّيُوقِ .

فصل : وإن استعذى على الحاكم المعزول ، لم يُعْده حتى يَعْرِفَ مَا يَدَّعِيهِ ، / فيسأله عنه ، صيانة للقاضي عن الاتمهان . فإن ذكرَ أَنَّهُ يَدَّعِي عليه حقاً من دينٍ أو غَضَبٍ ، أَعْدَاهُ عَلَيْهِ^(٣٧) ، وَحَكَمَ بينهما كغيرِ القاضي . وكذلك إن ادَّعى أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُ رِشْوَةً عَلَى الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الرِّشْوَةَ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ ، فَهِيَ كَالْغَضَبِ . وإن ادَّعى عليه الْجَوْرَ فِي الْحُكْمِ ، وَكَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، أَحْضَرَهُ ، وَحَكَمَ بِالْبَيِّنَةِ ، وإن لم يكنْ معه بَيِّنَةٌ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُحْضِرْهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي إِحْضَارِهِ وَسْؤَالِهِ ائْتِهَانًا لَهُ ؛ وَأَعْدَاءُ الْقَاضِي كَثِيرٌ ، وَإِذَا فَعَلَ هَذَا مَعَهُ ، لم يُؤْمَرْ إِلَّا بِالدُّخُلِ فِي الْقَضَاءِ أَحَدًا ، خَوْفًا مِنْ عَاقِبَتِهِ . والثاني ، يُحْضِرْهُ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَعْتَرَفَ ، فَإِنْ حَضَرَ وَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ الْقَاضِي مَقْبُولٌ بَعْدَ الْعَزْلِ ، كَمَا يُقْبَلُ فِي وِلَايَتِهِ . وإن ادَّعى عَلَيْهِ^(٣٨) أَنَّهُ قَتَلَ ابْنَهُ ظُلْمًا ، فَهَلْ يَسْتَحْضِرُهُ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ ، فَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وإن ادَّعى أَنَّهُ أَخْرَجَ عَيْنًا مِنْ يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ لِلْمَحْكُومِ لَهَا ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وإن ادَّعى على شاهدين أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَيْهِ زُورًا ، أَحْضَرَهُمَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَا ، أَغْرَمَهُمَا ، وَإِنْ أَنْكَرَا ، وَلِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا بِذَلِكَ ، فَأَقَامَهَا ، لِزِمَمَاهَا ذَلِكَ ، وَإِنْ

(٣٦) في م : « ويوجد » تحريف .

(٣٧) سقط من : ب ، م .

(٣٨) سقط من : ب .

أَنْكَرَ لَمْ يُسْتَحْلَفَا ؛ لِأَنَّ إِخْلَافَهُمَا يُطَرِّقُ (٣٩) عَلَيْهِمَا الدَّعَاوَى فِي الشَّهَادَةِ وَالْإِمْتِهَانِ ،
وَرُبَّمَا مَنَعَ ذَلِكَ إِقَامَةَ الشَّهَادَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

١٨٦٩ - مسألة ، قال : (وَإِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، سَأَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ عَدَّلَهُ
أَتَانِ ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا شَهِدَ عِنْدَ الْحَاكِمِ شَاهِدَانِ ، فَإِنْ عَرَفَهُمَا عَدْلَيْنِ ، حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمَا ،
وَإِنْ عَرَفَهُمَا فَاسِقَيْنِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهُمَا ، سَأَلَ عَنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَةَ الْعَدَالَةِ
شَرْطٌ فِي قَبُولِ / الشَّهَادَةِ بِجَمِيعِ الْحُقُوقِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . ١٨/١١ ظ
وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَاةٌ أُخْرَى : يَحْكُمُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذَا عَرَفَ إِسْلَامَهُمَا ، بظَاهِرِ الْحَالِ ، إِلَّا
أَنْ يَقُولَ الْخَصْمُ : هُمَا فَاسِقَانِ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ . وَالْمَالُ وَالْحَدُّ فِي هَذَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ
مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، وَلِهَذَا قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْمُسْلِمُونَ عُذُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى
بَعْضٍ (١) . وَرَوَى ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَشَهِدَ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ ، فَقَالَ لَهُ (٢) النَّبِيُّ
ﷺ : « أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ؟ » . فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَالَ : « أَتَشْهَدُ أَنِّي رَسُولُ
اللَّهِ ؟ » . قَالَ : نَعَمْ : فَصَامَ ، وَأَمَرَ النَّاسَ بِالصِّيَامِ (٣) . وَلِأَنَّ الْعَدَالََةَ أَمْرٌ خَفِيٌّ ، سَبَبُهَا
الْخَوْفُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ الْإِسْلَامُ ، فَإِذَا وَجَدَ ، فَلْيَكْتَفِ بِهِ ، مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى خِلَافِهِ
دَلِيلٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ كَالرَّوَايَةِ الْأُولَى ، وَفِي سَائِرِ الْحُقُوقِ كَالثَّانِيَةِ ؛
لِأَنَّ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ مِمَّا يُخْتَاطُ لَهَا (٤) ، وَتَنْذِيرٌ بِالشُّبُهَاتِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا (٥) .
وَلَنَا ، أَنَّ الْعَدَالََةَ شَرْطٌ ، فَوَجِبَ الْعِلْمُ بِهَا ، كَالْإِسْلَامِ ، وَكَأَنَّ (٦) لَوْ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمَا .
فَأَمَّا الْأَعْرَابِيُّ الْمُسْلِمُ ، فَإِنَّهُ كَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَدْ ثَبَّتَتْ عَدَالَتُهُمْ بِنَاءً لِلَّهِ

(٣٩) يطرق عليهما : يجتر عليهما .

(١) تقدم تخريجه ، في : ١٩٣/١٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٤١٧/٤ .

(٤) في ب ، م : « لها » .

(٥) في ب ، م : « غيرها » .

(٦) في ب ، م : « أو كما » .

تعالى عليهم ، فإن مَنْ تَرَكَ دِينَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِيْشَارًا لِدِينِ الْإِسْلَامِ ، وَصَحَبَ ^(٧) رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، ثَبَّتَ عَدَالَتَهُ . وَأَمَّا قَوْلُ عُمَرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنَّ الظَّاهِرَ الْعَدَالَةُ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ فِي وُجُوبِ الْبَحْثِ وَمَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الْعَدَالَةِ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ أُتِيَ بِشَاهِدَيْنِ ، فَقَالَ لهُمَا ^(٨) : لَسْتُ أَعْرِفُكُمَا ، وَلَا يَضُرُّكَ إِنْ لَمْ أَعْرِفْكُمَا ، جِئْتَا بَعْدَ أَنْ يَعْرِفُكُمَا . فَأَتَى ابْرَجِيلَ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : تَعْرِفُهُمَا ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَالَ عُمَرُ : صَحِبْتُهُمَا فِي السَّفَرِ الَّذِي تَبَيَّنُ فِيهِ جَوَاهِرُ النَّاسِ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : عَامَلْتُهُمَا فِي الدَّنَانِيرِ وَالذَّرَاهِمِ الَّتِي تُقَطَّعُ فِيهِمَا ^(٩) الرَّجْمُ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : كُنْتُ جَارَهُمَا ^(١٠) تَعْرِفُ صَبَاحَهُمَا وَمَسَاءَهُمَا ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : يَا ابْنَ أَخِي ، لَسْتُ تَعْرِفُهُمَا ، جِئْتَا بَعْدَ أَنْ يَعْرِفُكُمَا ^(١١) . / ١٩/١١

وَهَذَا بَحْثٌ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُكْتَفَى بِدُونِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ يُعْتَبَرُ فِيهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ الْإِسْلَامُ ، وَالْبُلُوغُ ، وَالْعَقْلُ ، وَالْعَدَالَةُ ، وَلَيْسَ فِيهَا مَا يَخْفَى وَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَحْثِ إِلَّا الْعَدَالَةُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَحْثِ عَنْهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ ^(١٢) . وَلَا نَعْلَمُ أَنَّهُ مَرْضِيٌّ حَتَّى نَعْرِفَهُ ، أَوْ نُخْبِرَ عَنْهُ ، فَيَأْمُرُ الْحَاكِمُ بِكُتُبِ أَسْمَائِهِمْ ، وَكُنَاهِمِ ، وَنَسَبِهِمْ ، وَيَرْفَعُ ^(١٣) فِيهَا بِمَا يَتَمَيَّزُونَ بِهِ عَنْ غَيْرِهِمْ ، وَيَكْتُبُ صَنَائِعَهُمْ ، وَمَعَانِيَشَهُمْ ، وَمَوَاضِعَ مَسَاكِينِهِمْ ، وَصَلَاتِهِمْ ؛ لَيْسَأَلَهُمْ ^(١٤) جِيرَانَهُمْ ، وَأَهْلَ سُوقِهِمْ ، وَمَسْجِدَهُمْ ، وَمَحَلَّتِهِمْ ، وَنَحْلَتِهِمْ ^(١٥) ، فَيَكْتُبُ : أَسْوَدًا أَوْ أَيْضًا ، أَوْ أَنْزَعُ أَوْ أَعْمُ ، أَوْ أَشْهَلُ أَوْ أَكْحَلُ ، أَقْنَى الْأَنْفِ أَوْ أَفْطَسُ ، أَوْ رَقِيقُ الشَّفْتَيْنِ أَوْ غَلِيطُهُمَا ، طَوِيلٌ

(٧) فِي م : « وَصَحْبَةٌ » .

(٨) فِي ب نَهَادَةٌ : « عُمَرُ » .

(٩) فِي ب ، م : « فِيهَا » .

(١٠) فِي ب ، م : « جَارَاهُمَا » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ يَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي السُّؤَالِ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مَعْرِفَتُهُ بَاطِنَةً مُتَقَادِمَةً ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/١٢٥ ، ١٢٦ . وَالْعَقِيلِيُّ ، فِي : الضَّعْفَاءِ الْكُبْرَى ٣/٤٥٤ ، ٤٥٥ . وَفِيهِمَا أَنَّهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

(١٣) فِي ب ، م : « وَيَرْفَعُونَ » .

(١٤) فِي م : « عَنْ » .

(١٥) لَمْ يَرِدْ فِي : الْأَصْلُ .

أو قصير أو ربعة ، ونحو هذا ، لِيَتَمَيَّزَ ، ولا يَقَعُ اسْمٌ على اسْمٍ ، ويَكْتَبُ اسْمَ المَشْهُودِ له
والمَشْهُودِ عليه ، وَقَدَّرَ الحقُّ ، ويَكْتَبُ ذلك كله لأَصْحَابِ مَسَائِلِهِ ، لكلِّ واحدٍ رُقْعَةً .
ولَئِذَا ذَكَرْنَا المَشْهُودَ له ، لَعَلَّا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ قَرَابَةٌ تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، أو شَرِكَةً ،
وَذَكَرْنَا اسْمَ^(١٦) المَشْهُودِ عليه ؛ لِيَعْرِفَ لَعَلَّا تَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ عَدَاوَةٌ ، وَذَكَرْنَا قَدَرَ
الْحَقِّ ؛ لِأَنَّهُ رِمَا كَانَ مَمَّنْ يَرُونَ قَبُولَهُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ ، فَتَطْيِبُ نَفْسُ الْمُزَكِّي بِهِ إِذَا
كَانَ يَسِيرًا ، وَلَا تَطْيِبُ إِذَا كَانَ كَثِيرًا . وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُخْفِيَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ
أَصْحَابِ مَسَائِلِهِ مَا يُعْطَى الْآخَرَ مِنَ الرِّقَاعِ ؛ لَعَلَّا يَتَوَاطَعُوا . وَإِنْ شَاءَ الْحَاكِمُ عَيَّنَ
لِصَاحِبِ مَسَائِلِهِ مَنْ يَسْأَلُهُ مَمَّنْ يَعْرِفُهُ ، مِنْ جَوَارِ الشَّاهِدِ ، وَأَهْلِ الْخَبَرَةِ بِهِ ، وَإِنْ شَاءَ
أَطْلَقَ ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْمَسْئُولَ ، وَيَكُونُ السُّؤَالُ سِرًّا ؛ لَعَلَّا يَكُونُ فِيهِ هَنْكُ الْمَسْئُولِ عَنْهُ ، وَرِمَا
يَخَافُ الْمَسْئُولُ^(١٧) الشَّاهِدَ ، أو^(١٨) المَشْهُودَ له ، أو المَشْهُودَ عليه ، أَنْ يُخْبِرَ بِمَا عِنْدَهُ ، أو
يَسْتَحْيِي . وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ غَيْرَ مَعْرُوفِينَ^(١٩) . ؛ / لَعَلَّا يُقْصِدُوا بِهَدْيَةٍ أو
رِشْوَةٍ ، وَأَنْ يَكُونُوا أَصْحَابَ عَفَافٍ فِي الطَّعْمَةِ وَالْأَنْفُسِ ، ذَوِي عُقُولٍ وَافِرَةٍ ، أَتْرِيَاءَ مِنْ
^(٢٠) الشَّحْنَاءِ وَالْبَغْضَى ؛ لَعَلَّا يَطْعَنُوا فِي الشُّهُودِ ، أو يَسْأَلُوا عَنِ الشَّاهِدِ عَدُوَّةً فَيَطْعَنَ
فِيهِ ، فَيُضَيِّعَ حَقَّ المَشْهُودِ له ، وَلَا يَكُونُونَ^(٢١) مِنْ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْعَصْبِيَّةِ ، يَمِيلُونَ إِلَى مَنْ
وَأَفْقَهُمْ عَلَى مَنْ خَالَفَهُمْ ، وَيَكُونُونَ أَمْنَاءَ ثِقَاتٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ أَمَانَةٍ . فَإِذَا رَجَعَ
أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ ، فَأَخْبَرَ اثْنَانِ بِالْعَدَالَةِ ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ ، رَدَّ
شَهَادَتَهُ ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْعَدَالَةِ ، وَالْآخَرُ بِالْجَرَحِ ، بَعَثَ آخَرَيْنِ ، فَإِنْ عَادَا فَأَخْبَرَ
بِالتَّعْدِيلِ ، تَمَّتْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَسَقَطَ الْجَرَحُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ لَمْ تَتِمَّ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ ،
تَبَيَّنَ رَدُّ الشَّهَادَةِ ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْجَرَحِ وَالْآخَرُ بِالتَّعْدِيلِ ، تَمَّتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَيُقَدَّمُ
الْجَرَحُ ، وَلَا يَقْبَلُ الْجَرَحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ ، وَيَقْبَلُ قَوْلُ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ . وَقِيلَ :

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب ، م زيادة : م من .

(١٨) في أ ، ب ، م زيادة : له .

(١٩-٢٠) في ب : الشحنة والبغضة .

(٢٠) في الأصل : يكونوا .

لا يَقْبَلُ إِلَّا شَهَادَةَ الْمَسْئُولِينَ ، وَيَكْلَفُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا بِالتَّزْكِيَةِ وَالْجَرْحِ عِنْدَهُ ، عَلَى شُرُوطٍ ^(٢١) الشَّهَادَةِ فِي اللَّفْظِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تَقْبَلُ مِنْ صَاحِبِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، مَعَ حُضُورِ شُهَدَاءِ الْأَصْلِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ شَهَادَةَ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ شَهَادَةٌ اسْتِفَاضِيَّةٌ ، لَا شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، فَيُكْتَفَى بِمَنْ يَشْهَدُ بِهَا ، كَسَائِرِ شَهَادَاتِ الاسْتِفَاضَةِ ؛ وَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ^(٢٢) ، فَإِنَّهُ لَا ^(٢٣) يَلْزَمُ الْمُزَكِّيَ الْحُضُورَ لِلتَّزْكِيَةِ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، فَصَارَ كَالْمَرْضَى وَالْعَبْدِ فِي سَائِرِ الشَّهَادَاتِ ، وَلِأَنَّا لَوْلَمْ نَكْتَفِ بِشَهَادَةِ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ ، لَتَعَذَّرَتِ التَّزْكِيَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفَقُ أَنْ لَا يَكُونَ فِي جِيرَانِ الشَّاهِدِ مَنْ يَعْرِفُهُ الْحَاكِمُ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، فَيَقُوتُ التَّعْدِيلُ وَالْجَرْحُ .

فصل : قال القاضي : ولابد من معرفة إسلام الشاهد ، ويحصل ذلك بأحد أربعة أمور ؛ أحدها ، إخباره / عن نفسه أنه مسلم ، أو إثباته بكلمة الإسلام ، وهي شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمدا عبده ورسوله ؛ لأنه لو لم يكن مسلما صار مسلما بذلك . الثاني ، اعتراف المشهود عليه بإسلامه ؛ لأن ذلك حق عليه . الثالث ، خبرة الحاكم ؛ لأننا اكتفينا بذلك في عدالته ، فكذلك في إسلامه . الرابع ، بيعة تقوم به . ولابد من معرفة الحرية في موضع تعتبر فيه ، ويكفي في ذلك أحد أمور ثلاثة ؛ بيعة ، أو اعتراف المشهود عليه ، أو خبرة الحاكم . ولا يكفي اعتراف الشاهد ؛ لأنه لا يملك أن يصير حرا ، فلا يملك الإقرار به ، بخلاف الإسلام .

فصل : وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال ، فقال المشهود عليه : هو عدل . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يلزم الحاكم الحكم بشهادته ؛ لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه ، وقد اعترف بها ، ولأنه إذا أقر بعدالته ، فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه ، فيؤخذ بإقراره ، كسائر أقاريه . والثاني ، لا يجوز الحكم بشهادته ؛ لأن في الحكم بها تعديلا له ، فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضي الخصم أن ^(٢٣) يحكم عليه بقول فاسق ، لم يجز الحكم به ، ولأنه لا يخلو ؛ إمامان

(٢١) في ب : « شرط » .

(٢٢-٢٣) في م : « فلا » .

(٢٣) في ب ، م : « بأن » .

يُحْكَمُ عَلَيْهِ مَعَ تَعْدِيلِهِ ، أَوْ مَعَ انْتِفَائِهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ مَعَ تَعْدِيلِهِ ؛ ^(١٤) لِأَنَّ التَّعْدِيلَ لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ الْوَاحِدِ ، وَلَا يَجُوزُ مَعَ انْتِفَاءِ تَعْدِيلِهِ ^(١٥) ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِشَهَادَةِ غَيْرِ الْعَدْلِ غَيْرُ جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ شَهَادَةِ مَنْ ظَهَرَ فَسْقُهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، فَلَا يَثْبُتُ تَعْدِيلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَإِنَّمَا حُكِمَ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ بِوُجُودِ شَرْطِ ^(١٥) الْحُكْمِ ، وَإِقْرَارُهُ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِحَقِّ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، ثَبَّتَ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ .

١٨٧٠ - مسألة ، قال : (وَإِنْ عَدَّلَهُ اثْنَانِ ، وَجَرَّحَهُ اثْنَانِ ، فَالْجَرَحَةُ ^(١) أَوْلَى)

وهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ . وقال مالكٌ : يُنْظَرُ أَيُّهُمَا أَعْدَلَ ؟ اللَّذَانِ جَرَّحَاهُ ، أَوِ اللَّذَانِ عَدَّلَاهُ ؟ فَيُؤْخَذُ بِقَوْلِ أَعْدِلَهُمَا . وَلَنَا ، / أَنَّ الْجَارِحَ مَعَهُ زِيَادَةُ عِلْمٍ خَفِيَّتْ عَلَى الْمُعَدِّلِ ، فَجَبَّ تَقْدِيمُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ الرَّيْبِ وَالْمَحَارِمِ ، وَالْجَارِحُ مُنْبِتٌ لَوْجُودِ ذَلِكَ ، وَالْإِثْبَاتُ مُقَدَّمٌ عَلَى النَّفْيِ ، وَلِأَنَّ الْجَارِحَ يَقُولُ : رَأَيْتُهُ يَفْعَلُ كَذَا . وَالْمُعَدِّلُ مُسْتَنَدُهُ أَنَّهُ لَمْ يَرَهُ يَفْعَلُ ، وَيُمْكِنُ صِدْقُهُمَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ قَوْلَيْهِمَا بِأَنْ يَرَاهُ الْجَارِحُ يَفْعَلُ الْمَعْصِيَةَ ، وَلَا يَرَاهُ الْمُعَدِّلُ ، فَيَكُونُ مَجْرُوحًا .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرَحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ . وهذا قال مالكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، ومحمدُ ابنُ الحسنِ ، وابنُ المنذِرِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْ وَاحِدٍ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ خَيْرٌ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَقِيلَ مِنْ وَاحِدٍ ، كَالرَّوَايَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِثْبَاتُ صِفَةٍ مِنْ يَبْنِي الْحَاكِمُ حُكْمَهُ عَلَى صِفَتِهِ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالْحَضَانَةِ ، وَفَارَقَ الرَّوَايَةَ ؛ فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ ، وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّهَا لَا تَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرَحِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَيَقُولُ فِي التَّعْدِيلِ : أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدَلَ . وَيَكْفِي هَذَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : عَلَى وَلِي . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَبِهِ يَقُولُ شَرِيحُ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَمَالِكٌ ، وَبَعْضُ

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٥) في م : « شروط » .

(١) في م : « فالجراحة » .

الشَّافِعِيَّةُ . وقال أكثرهم : لا يَكْفِيهِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَدْلٌ عَلَى وَلِيٍّ . واختلفوا في تعليله ، فقال بعضهم : لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة . وقال بعضهم : لئلا يكون عَدْلًا في شيء دون شيء . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) فإذا شهدا أنه عَدْلٌ ، ثبت ذلك بشهادتهما ، فيدخل ذلك في عموم الأمر ، ولأنه ^(٢) إذا كان عَدْلًا ، لزم أن يكون له وعليه ، وفي حق سائر الناس ، وفي كل شيء ، فلا يحتاج إلى ذكره . ولا يصح ما ذكروه ؛ فإنَّ الإنسان لا يكون عَدْلًا في شيء دون شيء ، ولا في حق شخص ^(٣) دون شخص ^(٤) ، فإنها لا توصف بهذا ، ولا تنتفى أيضا بقوله : ^(٥) عَلَى وَلِيٍّ . فإن من / ٢١/١١ ثبتت ^(٦) عدالته ، لم تُزَلْ بقرابة ولا عداوة ، وإنما تُرَدُّ شهادته للثَّهْمَةِ مع كونه عَدْلًا ، ثم إنَّ هذا إذا كان معلوما انتفاؤه بينهما ، لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه ، كما لو شهد بالحق من عَرَفَ الحاكم عدالته ، لم يحتج إلى أن ينفي عن نفسه ذلك ، ولأنَّ العداوة لا تمنع من شهادته له بالتركية ، وإنما تمنع الشهادة عليه ، وهذا شاهد له بالتركية والعدالة ، فلا حاجة به إلى نفي العداوة .

فصل : ولا يَكْفِي أَنْ يَقُولَ : لَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّا الْخَيْرَ . وهذا مذهب الشَّافِعِيِّ . وقال أبو يوسف : يَكْفِي ؛ لَأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ بِهِ ^(٧) ، ولا يَعْلَمُ إِلَّا الْخَيْرَ ، فهو عَدْلٌ . ولنا ، أنه لم يُصَرَّحْ بالتَّعْدِيلِ ، فلم يكن تَعْدِيلًا ، كما لو قال : أَعْلَمُ مِنْهُ خَيْرًا . وما ذكرناه لا يصح ؛ لأنَّ الجاهل بحال أهل الفسق ، لا يَعْلَمُ مِنْهُمْ إِلَّا الْخَيْرَ ، لأنه يعلم إسلامهم ، وهو خيرٌ ، ولا يعلم منهم غير ذلك ، وهم ^(٨) غيرُ عُدُولٍ .

فصل : قال أصحابنا : لا يُقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، والمعرفة

(٢) سورة الطلاق ٢ .

(٣) سقطت الواو من : ١ ، م .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م زيادة : « عدل » .

(٦) في الأصل : « ثبت » .

(٧) سقط من : الأصل .

الْمُتْقَادِمَةِ . وهذا مذهب الشافعي ؛ لخبرِ عمرَ الذي قدَّمناه ^(٨) ، ولأنَّ عادةَ الناسِ إظهارُ الطَّاعاتِ ^(٩) وإسْرَارُ المَعَاصِي ، فإذا لم يكنْ ذا خِبرةٍ باطنيةٍ ، فربَّما اغْتَرَّ ^(١٠) بِحُسْنِ ظاهِرِهِ ، وهو فاسِقٌ في الباطنِ . وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدُوا بِهِ أَنَّ الحَاكِمَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمُعَدِّلَ لَا خِبرَةَ لَهُ ، لم يَقْبَلْ شهادَتَهُ بالتَّعْدِيلِ ، كما فعلَ عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُعَدِّلِ الشَّهَادَةُ بِالْعَدَالَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ خِبرَةُ بَاطِنَةٍ . فَأَمَّا الحَاكِمُ إِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ الْعَدْلُ بِالتَّعْدِيلِ ، ولم يَعْرِفْ حَقِيقَةَ الْحَالِ ، فَلهُ أَنْ يَقْبَلَ الشَّهَادَةَ مِنْ غَيْرِ كَشْفٍ ، وَإِنْ اسْتَكْشَفَ الْحَالُ ، كما فعلَ عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فَلَا بُاسَ .

فصل : وَلَا يُسْمَعُ الْجَرْحُ إِلَّا مُفسَّرًا ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ اللَّفْظُ فيقولُ : أَشْهَدُ أَنَّي رَأَيْتُهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ / ، أَوْ يُعَامِلُ بِالرِّبَا ، أَوْ يَظْلِمُ النَّاسَ بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ أَوْ ضَرْبِهِمْ ، أَوْ سَمِعْتُهُ يَقْذِفُ : أَوْ يُعْلَمُ ذَلِكَ بِاسْتِفَاضَتِهِ ^(١١) فِي النَّاسِ . وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ وَنَعْيَيْهِ . وَهَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ ، وَسَوَّارٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقْبَلُ الْجَرْحُ الْمُطْلَقُ ، وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ فَاسِقٌ ، أَوْ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يُسْمَعُ مُطْلَقًا ؛ فَكَذَلِكَ الْجَرْحُ ، وَلَئِنْ التَّصْرِيحُ بِالسَّبَبِ يَجْعَلُ الْجَارِحَ فَاسِقًا ، وَيُوجِبُ عَلَيْهِ الْحَدَّ فِي بَعْضِ الْحَالَاتِ ، وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّنَى ، فَيُفْضَى الْجَرْحُ إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَتَبْطِلُ شهادَتُهُ ، وَلَا يَتَجَرَّحُ بِهَا الْمَجْرُوحُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّاسَ يَحْتَلِفُونَ فِي أَسْبَابِ الْجَرْحِ ، كَاخْتِلَافِهِمْ فِي شَارِبِ النَّبِيدِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَقْبَلَ مُجَرَّدُ الْجَرْحِ ، لَعَلَّا يَجْرَحَهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْقَاضِي جَرْحًا ؛ وَلَئِنْ الْجَرْحُ يَنْقُلُ عَنِ الْأَصْلِ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، وَالْجَرْحُ يَنْقُلُ عَنْهَا ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُعْرَفَ النَّاقِلُ ، لَعَلَّا يُعْتَقَدَ نَقْلُهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ نَاقِلًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَإِجْبَابِ الْحَدِّ عَلَيْهِ . قُلْنَا : لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّعْرِيضُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَفِي بَيَانِ السَّبَبِ هُنَاكَ الْمَجْرُوحُ . قُلْنَا : لَا بُدَّ مِنْ هَتِكِهِ ؛ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالْفِسْقِ

(٨) تقدم تخريجها ، في صفحة ٤٤ .

(٩) في م : « الصالحات » .

(١٠) في ب : « اعتبر » .

(١١) في الأصل : « باستفاضة » .

هَتَكَ لَهُ . ولكن جاز ذلك لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ ، كما جازت الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِهِ^(١٢) لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، بَلْ هُنَا أَوْلَى ؛ فَإِنَّ فِيهِ دَفْعَ الظُّلْمِ عَنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ حَقٌّ آدِمِيٌّ ، فَكَانَ أَوْلَى بِالْجَوَازِ ، وَلَآنَ هَتَكَ غَرَضُهُ بِسَبَبِهِ ، لِأَنَّهُ تَعَرَّضَ لِلشَّهَادَةِ مَعَ ارْتِكَابِهِ مَا يُوجِبُ جَرْحَهُ ، فَكَانَ هُوَ الْهَاتِكُ لِنَفْسِهِ ، إِذْ كَانَ فَعْلُهُ هُوَ الْمُخَوِّجُ لِلنَّاسِ إِلَى جَرْحِهِ . فَإِنْ صَرَّحَ الْجَارِحُ بِقَذْفِهِ بِالزُّنَى ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِتَمَامِ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِدْخَالَ / الْمَعْرَةَ عَلَيْهِ^(١٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾^(١٤) . الْآيَةُ . وَلَآنَ أَبَا بَكْرَةَ وَرَفِيقِيهِ شَهِدُوا عَلَى الْمُغِيرَةِ بِالزُّنَى ، وَلَمْ يُكْمِلْ زِيَادَ شَهَادَتِهِ ، فَجَلَدَهُمْ عَمْرُ حَدَّ الْقَذْفِ بِمَنْخَضِرِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا^(١٥) . وَيُطْلَى مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بِإِقَامَةِ^(١٦) الْحَدِّ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً ، أَنَّ هَذَيْنِ الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِهَذَا الْحَقِّ عِنْدَ حَاكِمٍ ، فَرَدَّ شَهَادَتَهُمَا الْفَسْقَ لِهَمَا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِذَا رُدَّتْ لِفَسْقٍ ، لَمْ تُقْبَلْ مَرَّةً ثَانِيَةً .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ مِنَ النِّسَاءِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُقْبَلُ^(١٧) . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلَهُ^(١٨) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَأَشْبَهَ الرَّوَايَةَ ، وَأَنْجَبَارَ الدِّيَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيُطْلَعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ فِي الْقِصَاصِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ مُسَلِّمٍ .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ مِنَ الْحَصْنِ . بِإِخْلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ . فَلَوْ قَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : هَذَانِ فَاسِقَانِ ، أَوْ عَدَوَانِ لِي ، أَوْ آبَاءٌ لِلْمَشْهُودِ لَهُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي قَوْلِهِ ،

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سورة النور ٤ .

(١٥) تقدم نخرجه ، في : ١٨٤/١١ .

(١٦) في ب ، م : « لِإِقَامَةِ » .

(١٧-١٨) سقط من : ب ، م .

وَيَشْهَدُ بِمَا يَجْرُ إِلَيْهِ نَفْعًا ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ لِنَفْسِهِ ، وَلَوْ قَبْلَنَا قَوْلَهُ ، لَمْ يَشَأْ أَحَدٌ أَنْ يُطِيلَ شَهَادَةً مِنْ شَهِدَ عَلَيْهِ إِلَّا أَبْطَلَهَا ، فَتَضَيُّعُ الْحَقُوقِ ، وَتَذَهَبُ حِكْمَةُ شَرْعِ الْبَيِّنَةِ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُتَوَسِّمِينَ ، وَذَلِكَ إِذَا حَضَرَ مُسَافِرَانِ ، فَشَهِدَا عِنْدَ حَاكِمٍ لَا يَعْرِفُهُمَا ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا . وَقَالَ مَالِكٌ : يَقْبَلُهُمَا إِذَا رَأَى فِيهِمَا سَيِّمًا خَيْرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدَايَتِهِمَا ، فَفِي التَّوْقُفِ ^(١٨) عَنْ قُبُولِهِمَا تَضْيِيعُ الْحَقُوقِ ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فِيهِمَا إِلَى السَّيِّمَاءِ الْجَمِيلَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَدَايَتَهُمَا مَجْهُولَةٌ ، فَلَمْ يَجْزِ / الْحَكْمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، كَمَا هَدَى الْحَضَرُ . وَمَا ذَكَرَهُ ^(١٩) مُعَارَضٌ بِأَنْ قُبُولَ شَهَادَتِهِمَا يُفْضِي إِلَى أَنْ يُقْضَى بِشَهَادَتِهِمَا بِدَفْعِ الْحَقِّ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ .

ظ ٢٢/١١

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنْ شُھُودِهِ كُلِّ قَلِيلٍ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ يَنْتَقِلُ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ . وَهَلْ هَذَا مُسْتَحَبٌّ أَوْ وَاجِبٌ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُسْتَحَبٌّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، فَلَا يَزُولُ حَتَّى يَثْبُتَ الْجَرُّحُ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ الْبَحْثُ كُلَّمَا مَضَتْ مُدَّةٌ يَتَغَيَّرُ الْحَالُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ يَخْدُثُ ، وَذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، مِثْلَ هَذَيْنِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُرْتَّبَ شُھُودًا لَا يَقْبَلُ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ . وَلِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالنَّاسِ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْوَقَائِعِ الَّتِي يُحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ فِيهَا تَقَعُ عِنْدَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، فَمَتَى ادَّعَى إِنْسَانٌ شَهَادَةَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، وَجَبَ عَلَى الْحَاكِمِ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ ، وَالنَّظَرُ فِي عَدَالَةِ شَاهِدِيهِ ، وَلَا يَجُوزُ رَدُّهُمْ بِكَوْنِهِمْ مِنْ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُخَالِفُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ وَالْإِجْمَاعَ ، لَكِنْ لَهُ أَنْ يُرْتَّبَ شُھُودًا يُشْهَدُهُمُ النَّاسُ ، فَيَسْتَعْنُونَ بِأَشْهَادِهِمْ عَنْ تَعْدِيلِهِمْ ، وَيَسْتَعْنِي الْحَاكِمُ عَنِ الْكَشْفِ عَنْ أَحْوَالِهِمْ ، فَيَكُونُ فِيهِ تَخْفِيفٌ مِنْ وَجْهِهِ ، وَيَكُونُونَ أَيْضًا يُزَكُّونَ مَنْ عَرَفُوا عَدْلَهُ مِنْ غَيْرِهِمْ إِذَا شَهِدَ .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يَعِظَ الشَّاهِدَيْنِ ، كَمَا رَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لِلشَّاهِدَيْنِ إِذَا

(١٨) فِي ب : « التَّوْقُفِ » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، م : « ذَكَرَهُ » .

حضراً : يا هذان ، ألا تريان ؟ إني لم أذعكما ، ولست أمتعكما أن ترجعا ، وإنما يقضى على هذا أنتما ، وأنا متقي^(٢٠) بكما ، فائقياً . وفي لفظ : وإني بكما أقضى اليوم ، وبكما أتقي يوم القيامة^(٢١) . وروى أبو حنيفة ، قال : كنت عند مُحارب بن دثار^(٢٢) ، وهو قاضي / الكوفة ، فجاء رجل ، فادعى^(٢٣) على رجل حقاً ، فأنكره ، فأحضر المدعى شاهدين ، فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي به تقوم السماء والأرض لقد كذبا علي في الشهادة . وكان مُحارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً ، وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إِنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفِقُ بِأَجْنَحَيْهَا ، وَتَرْمِي مَا فِي حَوَاصِلِهَا^(٢٤) ، مِنْ هَوْلِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ، وَإِنْ شَاهَدَ الزُّورَ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ^(٢٥) »^(٢٦) . فَإِنْ صَدَقْتُمَا فَأْتَيْتُمَا ، وَإِنْ كَذَبْتُمَا فَعَطَيْتُمَا رُءُوسَكُمَا وَانْصَرَفَا . فَعَطَيْتُمَا رُءُوسَهُمَا وَانْصَرَفَا^(٢٧) .

١٨٧١ - مسألة ، قال : (وَيَكُونُ كَاتِبُهُ عَدْلًا ، وَكَذَلِكَ قَاسِمُهُ)

وجملته أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتباً ؛ لأن النبي ﷺ استكتب زيد بن ثابت ، وغيره ، ولأن الحاكم تكثر أشغاله ونظره ، فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه ، وإن أمكنه تولى الكتابة بنفسه ، جاز ، والاستنابة فيه أولى . ولا يجوز أن يستنيب في ذلك إلا عدلاً ؛

(٢٠) ق م : « معتق » .

(٢١) انظر أخبار القضاة ٢/٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٦ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٣٦٣ ، ٣٩٢ .

(٢٢) محارب بن دثار بن كردوس السدوسي ، كان ثقة حجة ، توفي سنة ست عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٢١٧/٥ - ٢١٩ .

(٢٣) ق ب : « وادعى » .

(٢٤) ق م : « حوصلتها » .

(٢٥) ق ب : « في » .

(٢٦) أخرج حديث : « إن الطير لتخفق ... » . البيهقي ، في : باب وعظ القاضي الشهود ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٢٢ . وأخرج حديث : « إن شاهد الزور ... » . ابن ماجه ، في : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ . والحاكم ، في : باب ظهور شهادة الزور من أشرار الساعة . من كتاب الأحكام . المستدرک ٩٨/٩٨ . والبيهقي ، في الموضع السابق . والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ٤/١٢٣ . (٢٧) ذكر الذهبي القصة ، عن عبد الملك بن عمير ، وليس عن أبي حنيفة . سير أعلام النبلاء ٥/٢١٨ .

لأنَّ الكتابةَ موضعُ أمانةٍ . ويُستحبُّ أن يكونَ فقيهاً ؛ ليعرفَ مواقعَ الألفاظِ التي تتعلقُ بها الأحكامُ ، ويُفرِّقَ بينَ الجائزِ والواجبِ ، وينبغي أن يكونَ وافرَ العقلِ ، ورِعاً ، نَزْهاً ؛ لئلاَّ يُستَمَالَ بالطَّمَعِ ، ويكونَ مسلماً ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا ۖ ﴾ ^(١) . ويروى أنَّ أبا موسى قَدِمَ على عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، ومعه كاتبُ نَصْرانيٍّ ، فأخضَرَ أبو موسى شيئاً من مَكْتُوباتِهِ عندَ عمرَ ، فاستحسنه ، وقال : قُلْ لَكَاتِبِكَ يَجِيءُ ، فيقرأُ كتابه . قال : إِنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَسْجِدَ . قال : وَلِمَ ؟ قال : إِنَّهُ نَصْرانيٌّ . فأنتهرَه عمرُ ، وقال : لَا تَأْتِمِنُوهُمْ وَقَدْ خَوَّنَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى ، وَلَا تُقَرِّبُوهُمْ وَقَدْ أَبْعَدَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى ، وَلَا تُعْزَوْهُمْ وَقَدْ أَذْلَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى ^(٢) . ولأنَّ الإسلامَ مِنْ شُرُوطِ ^(٣) الْعَدَالَةِ / ، وَالْعَدَالَةُ شَرْطُ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : فِي اشْتِرَاطِ عِدَالَتِهِ وَإِسْلَامِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُشْتَرَطُ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا . وَالثَّانِي ، لَا تُشْتَرَطُ ؛ لِأَنَّ مَا يَكْتَبُهُ لَا بُدَّ مِنْ وَقُوفِ الْقَاضِي عَلَيْهِ ، فَتَوْمُنُ الْخِيَانَةِ فِيهِ . وَيُستحبُّ أَنْ يَكُونَ جَيِّدَ الْخَطِّ ؛ لِأَنَّهُ أَكْمَلُ . وَأَنْ يَكُونَ حُرّاً ؛ لِيُخْرَجَ ^(٤) مِنَ الْخِلَافِ . وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْعَبْدِ جَائِزَةٌ . وَيَكُونُ الْقَاسِمُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَّرْنَا فِي الْكَاتِبِ ، وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهِ حَاسِبًا ؛ لِأَنَّهُ عَمَلُهُ ، وَبِهِ يَقْسَمُ ، فَهُوَ كَالْخَطِّ لِلْكَاتِبِ وَالْفَقْهِ لِلْحَاكِمِ . وَيُستحبُّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُجْلِسَ كَاتِبَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ ؛ لِيُشَاهِدَ مَا يَكْتُبُهُ ، وَيُشَافِهَهُ بِمَا يَمْلِكُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ جَلَسَ ^(٥) نَاحِيَةً ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَخْصُلُ ، فَإِنْ مَا يَكْتُبُهُ يُعْرَضُ عَلَى الْحَاكِمِ ، فَيَسْتَبْرِئُهُ .

فصل : وَإِذَا تَرَفَعَ ^(٦) إِلَى الْحَاكِمِ خَصْمَانِ ، فَأَقْرَأَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ ، فَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ لِلْحَاكِمِ : أَشْهَدُنِي عَلَى إِقْرَارِهِ شَاهِدَيْنِ . لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ ، فَرُبَّمَا جَحَدَ الْمُقَرَّرُ ، فَلَا يُمْكِنُهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ بِعِلْمِهِ ^(٧) ، وَلَوْ كَانَ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ احْتِمَالٌ أَنْ يَنْسَى ،

(١) سورة آل عمران ١١٨ .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٦ / ١٣ .

(٣) في الأصل : « شرط » .

(٤) في الأصل ، م : « يخرج » .

(٥) في ب ، م : « قعد » .

(٦) في ب : « رفع » .

(٧) سقط من : ب .

فإنَّ الإنسانَ عُرضَةُ النِّسيانِ ، فلا يُمكنُهُ الحكمُ بإقرارِهِ . وإن ثبتَ عنده حقٌّ بِنُكُولِ
المُدَّعى عليه ، أو يَبِينُ المدَّعى بعدَ التُّكُولِ ، فسأله المدَّعى أن يُشْهَدَ على نفسه ،
لِزِمَهُ ؛ لأنَّهُ لا حُجَّةَ للمُدَّعى سِوَى الإِشْهَادِ ، وإن ثبتتْ عنده بَيِّنَةٌ فسأله الإِشْهَادَ ، ففيه
وَجْهَان ؛ أحدهما ، لا يَلْزِمُهُ ؛ لأنَّ بالحقِّ بَيِّنَةٌ ، فلا يَجِبُ جَعْلُ بَيِّنَةٍ أُخْرَى . والثاني ،
يَجِبُ ؛ لأنَّ في الإِشْهَادِ^(٨) فائدةٌ جديدةٌ ، وهى إثباتُ تَعْدِيلِ بَيِّنَتِهِ ، وإلزامُ حَصْمِهِ . وإن
حلفَ المُنْكَرُ ، وسأَلَ الحاكمَ الإِشْهَادَ على بَرَاءَتِهِ ، لَزِمَهُ ؛ ليكونَ حُجَّةً له فى سُقُوطِ
المُطالبةِ مرَّةً أُخْرَى ، وفى جميعِ ذلك ، إذا سألَهُ / أن يَكْتُبَ له مُحَضَّرًا بما جَرى ، ففيه
وَجْهَان ؛ أحدهما ، يَلْزِمُهُ ذلك ؛ لأنَّهُ وَثِيقَةٌ له ، فهو كالإِشْهَادِ ؛ لأنَّ الشَّاهِدَينِ رُبَّمَا
نَسِيََا الشَّهَادَةَ ، أو نَسِيََا الحَصْمَينِ ، فلا يَذْكُرُهُمَا إِلَّا رُؤْيَةً^(٩) حَظَّيْهُمَا . والثاني ، لا
يَلْزِمُهُ ؛ لأنَّ الإِشْهَادَ يَكْفِيهِ . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّ الشُّهُودَ تَكْثُرُ عليهم^(١٠) الشَّهادَاتُ ،
وَيَطُولُ عليهم الأَمَدُ ، والظَّاهِرُ أنَّهُمَا لا يَتَحَقَّقَانِ الشَّهَادَةَ تَحَقُّقًا يَحْصُلُ بِهِ أداؤُهَا ، فلا
يَتَقَيَّدُ إِلَّا بالكتابِ . فإن اِخْتَارَ أن يَكْتُبَ له مُحَضَّرًا ، فصفتُهُ : حضرَ القاضى فلانُ بنُ
فلانِ الفُلانِي ، قاضى عبدِ اللهِ الإمامِ فلانِ ، على كذا وكذا . وإن كان خليفَةَ القاضى قال :
خليفةُ القاضى فلانِ بنِ فلانِ الفُلانِي^(١١) ، قاضى الإمامِ بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وقَضائِهِ . فإن
كان يَعرِفُ المدَّعى والمدَّعى عليه بأَسْمائِهِمَا وأَنْسابِهِمَا ، قال : فلانُ بنُ فلانِ الفُلانِي ،
وأَحْضَرَ معه فلانُ بنُ فلانِ الفُلانِي . ويرْفَعُ فى نَسَبِهِمَا حتى يَتَمَيَّزَا^(١٢) . وَيُسْتَحَبُّ ذِكْرُ
حَلِيتِهِمَا ، وإن أُحْلِيَ بِهِ ، جازَ ؛ لأنَّ ذِكْرَ نَسَبِهِمَا إِذَا رَفَعَ فيه أَغْنَى عن ذِكْرِ الحَلِيَّةِ . وإن
كان الحاكمُ لا يَعرِفُ الحَصْمَينِ ، قال : مُدَّعٍ ذَكَرَ أَنَّهُ فلانُ بنُ فلانِ الفُلانِي ، وأَحْضَرَ
معه مُدَّعى عليه ذَكَرَ أَنَّهُ فلانُ بنُ فلانِ الفُلانِي . ويرْفَعُ فى نَسَبِهِمَا ، ويَذْكُرُ حَلِيتَهُمَا ؛ لأنَّ
الاعْتِمَادَ عليها ، فَرُبَّمَا اسْتَعَارَ النِّسَبَ . ويقول : أَعْمُ ، أو أَثَرُغُ . ويَذْكُرُ صِفَةَ العَيْنَيْنِ
والْأَنْفِ وَالْفَمِ وَالْحاجِبَيْنِ ، واللونَ والطَّوْلَ والقَصَرَ . ما دَعَى عليه كذا وكذا ، فأقرَّ له . ولا

(٨) فى الأصل : « الشهادة » .

(٩) فى ب ، م : « ذوى » .

(١٠) فى م : « عليهما » .

(١١) فى ب ، م زيادة : « عبد الله » .

(١٢) فى م : « يتمييز » .

يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ . لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَصِحُّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ . وَإِنْ كَتَبَ
أَنَّهُ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ شَاهِدَانِ ، كَانَ أَوْ كَدَ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ عَلَى رَأْسِ الْمَحْضَرِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ
رَبِّ الْعَالَمِينَ . أَوْ مَا أَحَبَّ مِنْ ذَلِكَ . فَأَمَّا / إِنْ أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَشَهِدَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، ٢٤/١١ ظ
قَالَ : فَأَدَّعَى عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا ، فَأَنْكَرَ ، فَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَأَحْضَرَهَا ،
وَسَأَلَ الْحَاكِمُ سَمَاعَهَا فَفَعَلَ ، وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، فَأَجَابَهُ إِلَيْهِ ، وَذَلِكَ
فِي وَقْتٍ كَذَا . وَيَحْتَاجُ هُنَا أَنْ يَذْكُرَ : بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ
الْبَيِّنَةَ لَا تُسْمَعُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، وَالْإِقْرَارُ بِخِلَافِهِ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ فِي آخِرِ الْمَحْضَرِ :
شَهِدَا عِنْدِي بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُدَّعَى كِتَابٌ فِيهِ خَطُّ الشَّاهِدِ كَتَبَ تَحْتَهُ (١٣)
خَطْوَهُمَا أَوْ تَحْتِ خَطِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : شَهِدَ عِنْدِي بِذَلِكَ . وَيَكْتُبُ عَلَامَتَهُ فِي رَأْسِ
الْمَحْضَرِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ دُونَ الْمَحْضَرِ ، جَازَ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ،
فَاسْتَحْلَفَ الْمُنْكَرَ ، ثُمَّ سَأَلَ الْمُنْكَرَ الْحَاكِمَ مَحْضَرًا لئَلَّا يَحْلِفَ فِي ذَلِكَ ثَانِيًا ، كَتَبَ لَهُ
مِثْلَ مَا تَقَدَّمَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَقُولُ : فَأَنْكَرَ ، فَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ،
فَقَالَ : لَيْكَ يَمِينُهُ . فَسَأَلَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ ، فَاسْتَحْلَفَهُ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ ، فِي وَقْتٍ
كَذَا وَكَذَا . وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ تَحْلِيْفِهِ ؛ لِأَنَّ الاسْتِحْلَافَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، وَيُعْلَمُ
فِي أَوَّلِهِ خَاصَّةً . وَإِنْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ ، قَالَ : فَعَرَضَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ ، فَتَكَلَّلَ عَنْهَا ، فَسَأَلَ حَصْنَتَهُ الْحَاكِمَ أَنْ يَقْضِيَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ ، فَقَضَى عَلَيْهِ فِي وَقْتٍ
كَذَا . وَيُعْلَمُ فِي آخِرِهِ ، وَيَذْكُرُ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . فَهَذِهِ صِفَةُ الْمَحْضَرِ .
فَأَمَّا إِنْ سَأَلَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْحَاكِمَ أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِمَا ثَبَتَ فِي الْمَحْضَرِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِهِ ،
وَيُنْفِذَهُ ، فَيَقُولُ : حَكَمْتُ لَهُ بِهِ ، أَلَزِمْتُهُ الْحَقَّ ، أَنْفَذْتُ الْحُكْمَ بِهِ . فَإِنْ طَالَبَهُ (١٤) أَنْ
يَشْهَدَ لَهُ عَلَى حُكْمِهِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، لِتَحْصُلِ لَهُ الْوَثِيقَةُ بِهِ . فَإِنْ طَالَبَهُ أَنْ يُسَجَّلَ لَهُ بِهِ ، وَهُوَ
أَنْ يَكْتُبَ فِي الْمَحْضَرِ / وَيَشْهَدَ عَلَى إِنْفَاقِهِ ، سَجَّلَ لَهُ . وَفِي وَجُوبِ ذَلِكَ ، الْوُجْهَانِ
الْمَذْكُورَانِ فِي الْمَحْضَرِ . وَهَذِهِ صُورَةُ السَّجْلِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَشْهَدُ عَلَيْهِ

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « طلبه » .

القاضي فلان بن فلان الفلاني ، قاضي عبد الله الإمام ، على كذا وكذا في مجلسي حكمه وقضائه ، في موضع كذا وكذا ، في وقت كذا وكذا ، أنه ثبت عنده ^(١٥) بشهادة فلان وفلان ونسبهما ، وقد عرفهما بما ساع له به قبول شهادتهما عنده بما ^(١٦) في كتاب نسخته . ^(١٧) وينسخ الكتاب إن كان معه ، أو المحضر في أي حكم كان ، فإذا فرغ منه قال بعد ذلك : فحكم به ، فأنفذه ^(١٨) وأمضاه ، بعد أن سأل فلان بن فلان ، أن يحكم له به . ولا يحتاج أن يذكر أنه بمحضر المدعى عليه ؛ لأن القضاء على الغائب جائز ، فإن أراد أن يذكره احتياطاً ، قال : بعد أن حضره من ساع له الدعوى عليه . ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين ؛ إحداهما ، تكون في يد صاحب الحق . والأخرى ، تكون في ديوان الحكيم ، فإن هلكت إحداهما نابت الأخرى عنها ، وتثبت التي ^(١٩) في ديوان الحكيم ، ويكتب على طيه ^(٢٠) : سجل فلان بن فلان ، أو محضر فلان بن فلان ، أو وثيقة فلان بن فلان . فإن كثر ما عنده جمع ما يجتمع في كل يوم أو أسبوع أو شهر ، على قدر كثرتها أو قلتها ^(٢١) ، وشدها إضباراً ، ويكتب عليها : أسبوع كذا ، من شهر كذا ، من سنة كذا . ثم يضم ما يجتمع في السنة ، ويدعوها ناحية ، ويكتب عليها : كتب سنة كذا . حتى إذا حضر من يطلب شيئاً منها ، سأل ^(٢٢) عن السنة ، فيخرج كتب تلك السنة ، ويسهل . وينبغي أن يتولى جمعها وشدها بنفسه ؛ لئلا يزور / عليه ، فإن تولى ذلك ثقة من ثقاته ، جاز .

فصل : وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء برسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات ؛ لأنه من المصالح ، فإنه يحفظ به الوثائق ، ويذكر الحاكم حكمه ،

(١٥) في الأصل : « عندي » .

(١٦) في الأصل : « ما » .

(١٧) في م : « نسخة » .

(١٨) في ب : « وأنفذه » .

(١٩) في ب ، م : « الذي » .

(٢٠) في ب : « طيته » .

(٢١) في ب ، م : « وقلتها » .

(٢٢) في م : « سام » .

وَالشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ ، وَتَرْجَعُ بِالذِّكْرِ عَلَى مَنْ رَجَعَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَعْوَزَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ الْحَاكِمُ ذَلِكَ ، وَيَقُولُ لِمَا حَبِطَ الْحَقُّ : إِنْ شِئْتَ جِئْتُ بِكَ أَغْدٍ ، أَكْتُبُ لَكَ فِيهِ ، فَإِنَّهُ حُجَّةٌ لَكَ ، وَلَسْتُ أَكْرِهُكَ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا ارْتَفَعَ إِلَيْهِ خَصْمَانِ ، فَذَكَرَ أَحَدُهُمَا أَنَّ حُجَّتَهُ فِي دِيْوَانِ الْحُكْمِ ، فَأَخْرَجَهَا الْحَاكِمُ مِنْ دِيْوَانِهِ ، فَوَجَدَهَا مَكْتُوبَةً بِخَطِّهِ تَحْتَ خَتْمِهِ ، وَفِيهَا حُكْمُهُ ، فَإِنْ ذَكَرَ ذَلِكَ ، حَكَمَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، لَمْ يَحْكَمْ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي الشَّهَادَةِ ، قَالَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَحْكُمُ بِهِ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَهَذَا الَّذِي رَأَيْتُهُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي قِمَطَرِهِ تَحْتَ خَتْمِهِ ، لَمْ يَحْتَمِلْ أَنْ يَكُونَ إِلَّا صَحِيحًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّهُ حُكْمُ حَاكِمٍ لَمْ يَعْلَمْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ إِنْفَاذُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ، كَحُكْمٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُزَوَّرَ عَلَيْهِ وَعَلَى خَتْمِهِ ، وَالخَطُّ يُشَبِّهُ الخَطَّ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ وَجَدَ فِي دَفْتَرِ أَبِيهِ حَقًّا عَلَى إِنْسَانٍ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ ، وَيَحْلِفَ عَلَيْهِ . قُلْنَا : هَذَا يَخَالِفُ الْحُكْمَ وَالشَّهَادَةَ ، بِدَلِيلِ الإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ بِخَطِّ أَبِيهِ شَهَادَةً ، لَمْ يَجْزِ لَهُ أَنْ يَحْكَمْ بِهَا ، وَلَا يَشْهَدَ بِهَا ، وَلَوْ وَجَدَ حُكْمَ أَبِيهِ مَكْتُوبًا بِخَطِّهِ ، لَمْ يَجْزِ لَهُ إِنْفَاذُهُ ، وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ فِيمَا حَكَمَ بِهِ ^(٢٣) إِلَى نَفْسِهِ ، لِأَنَّهُ فَعُلَ نَفْسِهِ ، فَرُوعِيَ ذَلِكَ . وَأَمَّا مَا كَتَبَهُ أَبُوهُ ، فَلَا يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ فِيهِ ^(٢٤) إِلَى نَفْسِهِ ، فَيَكْفِي ^(٢٥) فِيهِ / الظَّنُّ .

٢٦/١١ و

فصل : فَإِنْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى الْحَاكِمِ ، أَنَّكَ حَكَمْتَ لِي بِهَذَا الْحَقِّ عَلَى خَصْمِي . فَذَكَرَ ^(٢٦) الْحَاكِمُ حُكْمَهُ ، أَمْضَاءً ، وَالزَّمَ خَصْمَهُ مَا حَكَمَ بِهِ عَلَيْهِ . وَلَيْسَ هَذَا حُكْمًا بِالْعِلْمِ ، إِنَّمَا هُوَ أَمْضَاءٌ لِحُكْمِهِ السَّابِقِ . وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ الْقَاضِي ، فَشَهِدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ عَلَى حُكْمِهِ ، لَزَمَهُ قَبُولُهَا ، وَأَمْضَاءُ الْقَضَاءِ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قَالَ

(٢٣) فِي مِيزَانِهِ : « عَلَيْهِ » .

(٢٤) فِي مِ : « فِيمَا حَكَمَ بِهِ » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « فَكْفَى » .

(٢٦) فِي ب : « ثُمَّ ذَكَرَ » .

القاضي : هذا قياسُ قولِ أحمد ؛ لأنه قال : يَرْجِعُ الإمامُ إلى قولِ اثْنَيْنِ فصاعداً من المأمومين . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي : لا يَقْبَلُ ؛ لأنه يُمكنه الرجوعُ إلى الإحاطة والعلم ، فلا يَرْجِعُ إلى الظنِّ ، كالشَّاهدِ إذا نَسِيَ شهادته ، فشَهِدَ عنده شاهدانِ أَنَّهُ شَهِدَ^(٢٧) ، لم يَكُنْ له أنْ يَشْهَدَ . ولنا ، أَنَّهُما لو شَهِدَا عنده بِحُكْمٍ غَيْرِهِ قَبْلَ ، فكذلك إذا شَهِدَا عنده بِحُكْمِهِ^(٢٨) ، ولأَنَّهُما شَهِدَا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ . وما ذَكَرُوهُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ذِكْرَ ما نَسِيَ ليس إليه ، ويُخالفُ الشَّاهدُ ؛ لأنَّ الحَاكِمَ يُمضِي ما حَكَمَ به إذا ثَبَتَ عنده ، والشَّاهدُ لا يَقْدِرُ على إِمضاءِ شهادته ، وإنَّما يُمضِيها الحَاكِمُ .

١٨٧٢ - مسألة ، قال : (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً مَنْ لَمْ يَكُنْ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ)

وذلك لأنَّ الهَدِيَّةَ يُقصدُ بها في الغالبِ استِمالةُ قلبه ، لِيَعْتَنِي به في الحكم ، فتشبهُ الرِّشْوَةُ . قال مسروق : إذا قَبِلَ القاضي الهَدِيَّةَ ، أَكَلَ السُّخْتَ ، وإذا قَبِلَ الرِّشْوَةَ ، بَلَغَتْ به الكُفْرَ . وقد رَوَى أبو حُمَيْدٍ السَّاعِدِيُّ ، قال : بعثَ رسولُ اللَّهِ ﷺ رجلاً من الأَزْدِ ، يُقالُ له ابنُ اللَّثْبَةِ على الصَّدَقَةِ ، فقال : هذا لكم ، وهذا أُهْدِيَ إِلَيَّ . فقام النَّبِيُّ ﷺ فحمدَ اللَّهَ ، وأثنى عليه ، ثم قال : « مَا بَالُ الْعَامِلِ تَبَعْتُهُ ، فَيَجِيءُ يَقُولُ : هَذَا لَكُمْ ، وَهَذَا أُهْدِيَ إِلَيَّ^(١) ، أَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أُمِّهِ^(٢) ، فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا ؟ ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ ، لَا تَبْعَثُ أَحَدًا مِنْكُمْ ، فَيَأْخُذُ شَيْئًا ، إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ / عَلَى رَقَبَتِهِ ، إِنْ كَانَ بَعِيرًا لَهُ رُغَاءٌ ، أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا خَوَارٌ ، أَوْ شَاةٌ تَبْعُرُ^(٣) . فَرَفَعَ يَدَيْهِ^(٤) حَتَّى رَأَيْتُ غُفْرَةً^(٥) إِنْطِيَهُ ، فقال : « اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ » ثلاثاً ؟ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . ولأنَّ حَدُوثَ

(٢٧) في الأصل : « يشهد » .

(٢٨) في م : « بحكم نفسه » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في صحيح البخارى : « في بيت أبيه وأمه » . وفي صحيح مسلم : « في بيت أبيه أو في بيت أمه » .

(٣) تبعر : تصيح ، واليعار : صوت الشاة .

(٤) في الأصل : « يده » .

(٥) غفرة الإبط : البياض الذى ليس بالناصع .

(٦) أخرجه البخارى ، في : باب كيف كانت يمين النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفي : باب هدايا العمال ، من =

الْهَدْيَةِ عِنْدَ خُدُوثِ الْوِلَايَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا مِنْ أَجْلِهَا ، لِيَتَوَسَّلَ بِهَا إِلَى مَيْلِ الْحَاكِمِ مَعَهُ عَلَى تَخْصِيمِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ قَبُولُهَا مِنْهُ ^(٧) كَالرِّشْوَةِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ ، جَازَ قَبُولُهَا مِنْهُ بَعْدَ الْوِلَايَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ مِنْ أَجْلِ الْوِلَايَةِ ؛ لَوْ جُودَ سَبَبُهَا قَبْلَ الْوِلَايَةِ ، بِدَلِيلِ وُجُودِهَا قَبْلُهَا . قَالَ الْقَاضِي : وَيُسْتَحَبُّ لَهُ التَّنَزُّهُ عَنْهَا : وَإِنْ أَحْسَنَ أَنَّهُ يُقَدِّمُهَا بَيْنَ يَدَيْ تَخْصِيمِهِ ، أَوْ فَعْلُهَا حَالَ الْحُكُومَةِ ، حَرَّمَ أَخْذُهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ؛ لِأَنَّهَا كَالرِّشْوَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، أَنَّ قَبُولَ الْهَدْيَةِ مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ . وَفِيمَا ذَكَرْنَاهُ دَلَالَةٌ عَلَى التَّحْرِيمِ .

فصل : فَأَمَّا الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ ، وَرِشْوَةُ الْعَامِلِ ، فَحَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَكْلُونَ لِلْسُّخْتِ ﴾ ^(٨) . قَالَ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، فِي تَفْسِيرِهِ : هُوَ الرِّشْوَةُ . وَقَالَ : إِذَا قَبِلَ الْقَاضِي الرِّشْوَةَ ، بَلَغَتْ بِهِ إِلَى الْكُفْرِ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، قَالَ : لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٩) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ ، وَزَادَ : « فِي الْحُكْمِ » . وَرَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ^(١٠) ، وَزَادَ : « وَالْمُرَاشِي » ^(١١) وَهُوَ السَّقْفِيرُ بَيْنَهُمَا . وَلَأَنَّ الْمُرْتَشِيَّ إِنَّمَا

= كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١٦٢/٨ ، ٨٨/٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم هدايا العمال ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ١٤٦٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى هدايا العمال ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٢١/٢ ، ١٢٢ . والدارمى ، فى : باب ما يهدى لعمال الصدقة لمن هو ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب فى العامل إذا أصاب فى عمله شيئا ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٣٩٤/١ ، ٢٣٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٣/٥ .

(٧) لم يرد فى : الأصل ، ب .

(٨) سورة المائدة ٤٢ .

(٩) فى : باب ما جاء فى الراشئ والمرتشئ ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحمذى ٨١/٦ ، ٨٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كراهية الرشوة ، من كتاب الأفضية . سنن أبى داود ٢٧٠/٢ . وابن ماجه ، فى : باب التغليظ فى الحيف والرشوة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٥/٢ . جميعهم عن عبد الله بن عمرو ، وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٦٤/٢ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ٢١٢ عن عبد الله بن عمرو ، وفى : ٣٨٨ ، ٣٨٧/٢ . عن أبى هريرة ، وفى ٢٧٩/٥ عن ثوبان .

(١٠) ذكره ابن أبى يعلى ، فى ترجمته ، فى : طبقات الحنابلة ١٢٠/٢ .

(١١) فى م : « والراشئ » .

يَرْتَشِي لِيَحْكُمَ بِغَيْرِ الْحَقِّ، أَوْ لِيُوقِفَ الْحُكْمَ عَنْهُ، وَذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الظُّلْمِ. قَالَ مَسْرُوقٌ :
 سَأَلْتُ ابْنَ مَسْعُودٍ عَنِ السُّحْتِ، أَهِيَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ؟ قَالَ: لَا، ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا
 أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(١٢) وَ﴿الظَّالِمُونَ﴾^(١٣) وَ﴿الْفَاسِقُونَ﴾^(١٤) وَلَكِنْ
 السُّحْتُ أَنْ يَسْتَعِينَكَ الرَّجُلُ عَلَى مَظْلَمَةٍ، فَيَهْدِي لَكَ، فَلَا تُقْبَلُ^(١٥). وَقَالَ قَتَادَةُ: قَالَ
 كَعْبٌ: الرِّشْوَةُ تُسَفِّهُ الْحَلِيمَ، وَتُعْيِي عَيْنَ الْحَكِيمِ. فَأَمَّا الرَّاشِي فَإِنْ رَشَاهُ لِيَحْكُمَ لَهُ
 بِبَاطِلٍ، أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ/ حَقًّا، فَهُوَ مُلْعُونٌ، وَإِنْ رَشَاهُ لِيَدْفَعَ ظُلْمَهُ، وَيَجْزِيَهُ عَلَى وَاجِبِهِ، فَقَدْ
 قَالَ عَطَاءٌ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ، وَالْحَسَنُ: لَا بَأْسَ أَنْ يُصَانَعَ عَنْ نَفْسِهِ. قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ: مَا
 رَأَيْتُنِي فِي زَمَنِ زِيَادٍ^(١٦) أَنْفَعَ لَنَا مِنَ الرِّشَا. وَلَئِنَّهُ يَسْتَنْقِذُ مَالَهُ كَمَا يَسْتَنْقِذُ الرَّجُلُ أَسِيرَهُ. فَإِنْ
 ارْتَشَى الْحَاكِمُ، أَوْ قَبَلَ هَدِيَّةً لَيْسَ لَهُ قَبُولُهَا، فَعَلِيهِ رَدُّهَا إِلَى أَرْبَابِهَا؛ لَأَنَّهُ أَخَذَهَا^(١٧) بِغَيْرِ
 حَقٍّ، فَاشْتَبَهَ الْمَأْخُوذَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ
 يَأْمُرْ ابْنَ اللَّتْبِيَّةِ بِرَدِّهَا عَلَى أَرْبَابِهَا. وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ: إِذَا أَهْدَى الْبَطْرِيقُ لِسَاحِبِ الْجَيْشِ عَيْنًا
 أَوْ فِضَّةً، لَمْ تَكُنْ لَهُ دُونَ سَائِرِ الْجَيْشِ. قَالَ أَبُو بَكْرِ: يَكُونُونَ فِيهِ^(١٨) سَوَاءً.

فصل: وَلَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَتَوَلَّى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِنَفْسِهِ؛ لَمَا رَوَى أَبُو الْأَسْوَدِ
 الْمَالِكِيُّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَا عَدَلَ وَإِلَّا اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ
 أَبَدًا»^(١٩). وَلَئِنَّهُ يُعْرِفُ فِيحَابِي، فَيَكُونُ كَالْهَدِيَّةِ، وَلَئِنَّ ذَلِكَ يَشْغُلُهُ عَنِ النَّظَرِ فِي أُمُورِ
 النَّاسِ. وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ لَمَّا بُويعَ، أَخَذَ الدَّرَاعَ وَقَصَدَ
 السُّوقَ، فَقَالُوا: يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ، لَا يَسْعُكَ أَنْ تَشْتَغَلَ عَنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ:
 فَإِنِّي لَا أَدْعُ عِيَالِي يَضِيعُونَ. قَالُوا: فَنَحْنُ نَفْرُضُ لَكَ مَا يَكْفِيكَ. فَقَرَضُوا لَهُ كُلَّ يَوْمٍ
 دِرْهَمَيْنِ^(٢٠). فَإِنْ بَاعَ وَاشْتَرَى، صَحَّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِشُرْطِهِ وَأَرْكَانِهِ. وَإِنْ اخْتَنَجَ

(١٢) الآيات ٤٤، ٤٥، ٤٧، من سورة المائدة.

(١٣) أخرجه البيهقي، في: باب التشديد في أخذ الرشوة، من كتاب آداب القاضي. السنن الكبرى ١٣٩/١٠.

(١٤) في م: «زيادة». وهو معنى زياد بن أبيه.

(١٥) في ب زيادة: «منهم».

(١٦) في ب: «فيها».

(١٧) عزاه السيوطي إلى الحاكم في الكنى. انظر: الفتح الكبير ٩٦/٣. فيض القدير ٤٥٦/٥.

(١٨) تقدم ترجمته، في: صفحة ١٠.

إلى مباشرته ، ولم يكن له من يكفيه ، جاز ذلك ، ولم يُكره ؛ لأن أبا بكر ، رضى الله عنه ، قصد السوق ليتجر فيه ، حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام ببيعته فرض عيني ، فلا يتركه لوهم مضرة ، وإنما^(١٩) إذا استعنى عن مباشرته ، ووجد من يكفيه ذلك ، كره له ؛ لما ذكرنا من المعنيين . وينبغي أن يؤكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله ؛ لئلا يحابي . وهذا مذهب / الشافعي . وحكى عن أبي حنيفة ، أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف ؛ لما ذكرنا من قضية أبي بكر ، رضى الله عنه . ولنا ، ما ذكرناه . وروى عن شريح ، أنه قال : شرط على عمر حين ولاني القضاء أن لا أبيع ، ولا أبتاع ، ولا أرتشي ، ولا أقضي وأنا غضبان^(٢٠) . وقضية أبي بكر حجة لنا ؛ فإن الصحابة أنكروا عليه ، فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع ، فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا له^(٢١) ، قبل قولهم ، وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها .

فصل : ويجوز للحاكم حضور الولائم ؛ لأن النبي ﷺ كان يحضرها ، ويأمر بحضورها ، وقال : « مَنْ لَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ »^(٢٢) . فإن كثرت وأزدحم ، تركها كلها ، ولم يجب أحدا ؛ لأن ذلك يشغله عن الحكم الذي قد تعين عليه ، لكنه يعتذر إليهم ، ويسألهم التحليل ، ولا يجب بعضا دون بعض ؛ لأن في ذلك كسر القلب من لم يجبه ، إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون في أحدهما منكراً ، أو تكون في مكان بعيد ، أو يشتغل بها زمناً طويلاً ، والأخرى بخلاف ذلك ، فله الإجابة إليها دون الأولى ؛ لأن عذره ظاهر في التحلف عن الأولى .

فصل : وله عيادة المرضى ، وشهود الجنائز ، وإتيان مقدم الغائب ، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس ؛ لأنه قرينة وطاعة ، وإن كثر ذلك ، فليس له الاشتغال به عن الحكم ؛ لأن هذا تبرع ، فلا يشتغل به عن الفرض^(٢٣) ، وله حضور البعض دون البعض ؛ لأن

(١٩) في م : « وأما » .

(٢٠) انظر : تلخيص الحبير ١٩٥/٤ . وإرواء الغليل ٢٥٠/٨ .

(٢١) في م : « لهم » .

(٢٢) تقدم ترجمته ، في : ١٩٤/١٠ ، الحديث الثالث .

(٢٣) في النسخ : « الغرض » .

هذا يَفْعَلُهُ لِنَفْعِ نَفْسِهِ بِتَحْصِيلِ^(٢٤) الأجر ، والقربة له ، والولائم يُرَاعَى فيها حق الدّاعِي ، فيُنْكَسِرُ قلب مَنْ لم يُجِبْه إذا أجاب غيره .

١٨٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَعْدِلُ بَيْنَ الْحَصْمَيْنِ فِي الدُّخُولِ عَلَيْهِ ، وَالْمَجْلِسِ ، / وَالْخِطَابِ) ٢٨/١١

وجملته ، أن على القاضي العدل بين الحصّمين في كل شيء ، من المجلس ، والخطاب ، « واللّحظ واللّفظ »^(١) ، والدّخول عليه ، والإنصاف إليهما ، والاستماع منهما . وهذا قول شريح ، وأبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلم فيه مخالفاً . وقد روى عمر ابن شبة ، في كتاب « فضاة البصرة » ، بإسناده عن أم سلمة ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ بُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَلْيَعْدِلْ بَيْنَهُمْ فِي لَفْظِهِ ، وَإِشَارَتِهِ^(٢) ، وَمَقْعَدِهِ ، وَلَا يَرْفَعْ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْحَصْمَيْنِ مَا لَا يَرْفَعُهُ عَلَى الْآخَرِ »^(٣) . وفي رواية : « فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ ؛ فِي النَّظَرِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَالْإِشَارَةِ » . وكتب عمر ، رضى الله عنه ، إلى أبي موسى^(٤) : سو^(٥) بين الناس في مجلسك وعدلك ، حتى لا يئأس الضّعيف من عدلك ، ولا يطمع شريف في حيفك^(٦) . وقال سعيد ، ثنا هشيم ، ثنا^(٧) سيار^(٨) ، ثنا الشعبي ، قال : كان بين عمر بن الخطاب ، وأبي بن كعب بدار^(٩) في شيء ، فجعل بينهما زيد بن ثابت ، فأتيأه في منزله ، فقال له عمر : أتيناك لتحكّم بيننا ، في بيّته يؤتى الحكم^(١٠) . فوسّع له زيد عن

(٢٤) في م : « لتحصيل » .

(١-١) في الأصل : « واللحظة واللفظة » .

(٢) في الأصل : « وإشاراته » .

(٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٥ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : « واس » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ١٩٣/١٣ .

(٧) في الأصل : « أخبرنا » .

(٨) في الأصل : « يسار » . وما هنا في : السنن الكبرى ١٠/١٣٦ أيضا .

(٩) في السنن الكبرى : « تدارى » .

(١٠) في م : « الحاكم » . وهو مثل معروف .

صَدْرِ فَرَاشِهِ ، فَقَالَ : هَهُنَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : جُرْتُ فِي أَوَّلِ الْقَضَاءِ ، وَلَكِنْ أَجْلِسْ مَعَ خَصْمِي . فَجَلَسَا بَيْنَ يَدَيْهِ ، فَادَّعَى أَبُو وَأَنْكَرَ عُمَرُ ، فَقَالَ زَيْدٌ لِأَبِي ، أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ ، وَمَا كُنْتُ لِأَسْأَلَهَا لِأَحَدٍ غَيْرِهِ . فَحَلَفَ عُمَرُ ، ثُمَّ أَقْسَمَ : لَا يُدْرِكُ زَيْدٌ بَابَ الْقَضَاءِ ، حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَرَجُلٌ مِنْ غَرَضِ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَهُ سَوَاءً^(١١) . وَرَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، وَفِيهِ : فَلَمَّا أَتَيَا بَابَ زَيْدٍ ، خَرَجَ فَقَالَ : السَّلَامُ عَلَيْكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، لَوْ أَرْسَلْتُ إِلَيْكَ أَتَيْتُكَ^(١٢) . قَالَ : فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحَكَمُ . فَلَمَّا دَخَلَ^(١٣) عَلَيْهِ ، قَالَ : هَهُنَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . قَالَ : بَلْ أَجْلِسْ مَعَ خَصْمِي . فَادَّعَى أَبُو وَأَنْكَرَ عُمَرُ ، وَلَمْ تَكُنْ لِأَبِي بَيْتَةٌ ، فَقَالَ زَيْدٌ : أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ . فَقَالَ عُمَرُ : تَاللَّهِ إِنْ زِلْتُ ظَالِمًا ، السَّلَامُ / عَلَيْكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . هَهُنَا^(١٤) يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ^(١٥) . وَلَمْ يُعْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ؟ إِنْ كَانَ لِي حَقٌّ اسْتَحَقَّقْتُهُ بِيَمِينِي ، وَإِلَّا تَرَكْتُهُ ، وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، إِنْ النَّخْلَ لَنَحْلِي ، وَمَا لِأَبِي فِيهَا حَقٌّ . ثُمَّ أَقْسَمَ عُمَرُ : لَا يُصِيبُ زَيْدٌ وَجْهَ الْقَضَاءِ حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَغَيْرُهُ مِنَ النَّاسِ عِنْدَهُ سَوَاءً . فَلَمَّا خَرَجَا وَهَبَ النَّخْلَ لِأَبِي ، فَقِيلَ لَهُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، فَهَلَا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَحْلِفَ ؟ قَالَ : خِفْتُ أَنْ أَتْرِكَ الْيَمِينَ ، فَتَصِيرَ سُنَّةٌ ، فَلَا يَحْلِفُ النَّاسُ عَلَى حُقُوقِهِمْ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى شُرَيْحٍ ، وَعِنْدَهُ السَّرِيُّ بْنُ وَقَّاصٍ ، فَقَالَ الرَّجُلُ لَشُرَيْحٍ : أَعِدْنِي عَلَى هَذَا الْجَالِسِ عِنْدَكَ . فَقَالَ شُرَيْحٌ لِلْسَّرِيِّ : قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ . قَالَ : إِنِّي أَسْمَعُكَ مِنْ مَكَانِي . قَالَ : لَا ، قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ . فَأَبَى أَنْ يَسْمَعَ مِنْهُ حَتَّى أَجْلِسَ مَعَ خَصْمِهِ . وَفِي رَوَايَةٍ أَنَّهُ^(١٥) قَالَ : إِنْ مَجْلِسُكَ يُرِيهِ ، وَإِنِّي لَا أَدْعُ النَّصْرَةَ وَأَنَا عَلَيْهَا قَادِرٌ . وَلَمَّا تَحَاكَمَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَالْيَهُودِيُّ إِلَى شُرَيْحٍ ، قَالَ

٢٨/١١ ظ

(١١) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٩ .

(١٢) في ب ، م : « لأتيتك » .

(١٣) في الأصل : « دخل » .

(١٤-١٥) في م : « ههنا أغف أمير المؤمنين » .

(١٥) سقط من : م .

علی : إن خصمى لو كان مسلماً لجلستُ معه بين يديك^(١٦) . ولأن الحاكم إذا ميز أحد الخصمين على^(١٧) الآخر حصر ، وانكسر قلبه^(١٨) ، وربما لم تقم حجته ، فأدى ذلك إلى ظلمه . وإن أذن أحد الخصمين للحاكم في رفع الخصم الآخر عليه في المجلس ، جاز ؛ لأن الحق له ، ولا ينكسر قلبه إذا كان هو الذى رفعه . والسنة أن يجلس الخصمان بين يدي القاضى ؛ لما روى أن النبى ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم . رواه أبو داود^(١٩) . وقال على رضى الله عنه : لو أن خصمى مسلم لجلستُ معه بين يديك . ولأن ذلك أمكن للحاكم في العدل بينهما ، والإقبال عليهما ، والنظر في خصوصتيهما . وإن كان الخصمان ذميين ، سوى بينهما أيضاً ؛ لاستوائيهما في دينهما ، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ، جاز رفع المسلم عليه ، لما روى / إبراهيم التيمي ، قال : وجد على ، رضى الله عنه^(٢٠) ، درعه مع يهودى ، فقال : درعى ، سقطت وقت كذا وكذا . فقال اليهودى : درعى ، وفي يدي ، بيني وبينك قاضى المسلمين . فارتفع إلى شريح ، فلما رآه شريح قام من مجلسه ، وأجلسه في موضعه ، وجلس مع اليهودى بين يديه ، فقال على : إن خصمى لو كان مسلماً لجلستُ معه بين يديك ، ولكنى سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « لا تسأوؤهم فى المجالس » . ذكره أبو نعيم ، فى « الحلية » . ولا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه ، إماماً أن يضيفهما معاً أو يدعهما . وقد روى عن على ، كرم الله وجهه ، أنه نزل به رجل ، فقال له : ألك^(٢١) خصم ؟ قال : نعم . قال : تحول عنا ، فإنى سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « لا تضيفوا أحد الخصمين إلا

(١٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٣٦/١٠ . وأبو نعيم ، فى : الحلية ١٣٩/٤ . ووكيع ، فى : أخبار القضاة ٢٠٠/٢ .

(١٧) فى ب : « عن » .

(١٨) لم يرد فى : الأصل ، ب .

(١٩) فى : باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضى ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧١/٢ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٣٥/١٠ .

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(٢١) فى ب ، م : « إنك » .

وَمَعَهُ خَصْمُهُ» (٢٢). ولأن ذلك يؤهم الخصم مثل الحاكم إلى من أضافه. ولا يلحق أحدهما حجته، ولا ما فيه ضرر على خصمه، مثل أن يريد أحدهما الإقرار، فيلقنه الإنكار، أو اليمين فيلقنه النكول، أو النكول، فيجرحه على اليمين، أو يحس من الشاهد بالتوقف، فيجسره على الشهادة، أو يكون مقدماً على الشهادة، فيوقفه عنها، أو يقول لأحدهما وحده: تكلم. ونحو هذا مما فيه إضرار بخصمه؛ لأن عليه العدل بينهما. فإن قيل: فقد لقن النبي ﷺ السارق، فقال: «مَا إِخَالَك سَرَقْتَ» (٢٣). وقال عمر لزياد: أرجو أن لا يفضح الله على يدك رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ (٢٤). قلنا: لا يرُد هذا الإلزام ههنا؛ فإن هذا في حقوق الله وحدوده، ولا خصم للمقر، ولا للمشهود عليه، فليس في تلقينه خيف على أحد الخصمين، ولا ترك للعدل في أحد الجانبين، والذي قلنا في الخصمين (٢٥) المختلفين في حق من حقوق الآدميين. ولا ينبغي أن يتعنت (٢٦) الشاهد، ولا يداخله / في كلامه، ويُعَنِّفه في ألفاظه.

ظ ٢٩/١١

فصل: وإذا حضر القاضي خصوم كثير (٢٧)، قُدِّمَ الأول فالأول. وينبغي أن يبعث من يكتب من جاء الأول فالأول، فيقدمه. قال ابن المنذر: الأحسن أن يتخذ خيطاً ممدوداً، طرفه يلي مجلس الحاكم، والطرف الآخر يلي مجلس الخصوم، فكل من جاء كتب اسمه في رُقعة، وثقبها، وأدخلها في الخيط ممّا يلي مجلس الخصوم، حتى يأتى على آخرهم، فإذا جلس القاضي مديده إلى الطرف الذي يليه، فأخذ الرُقعة التي يليه، ثم التي بعدها كذلك، حتى (٢٨) تفرغ الرُقاع، فإن بقي منها شيء، وزال الوقت الذي يقضى فيه، عرف الطرف الذي يليه حين يجلس، فيتناول في المجلس الثاني الرُقاع، كفعله بالأمس. والاعتبار بسبق المدعى؛ لأن الحق له، ومتى قُدِّم رجلاً بسبقه (٢٩)،

(٢٢) أخرجه البيهقي، في: باب لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه، من كتاب آداب القاضي. السنن الكبرى ١٣٧/١٠، ١٣٨.

(٢٣) تقدم تخريجه، في: ٤٦٥/١٢.

(٢٤) تقدم تخريجه، في: ١٨٤/١١.

(٢٥) سقط من: م.

(٢٦) في م: «يعنت».

(٢٧) في ب، م: «كثيرة».

(٢٨-٢٩) في م: «يأتي على آخرها».

(٢٩) في م: «لسبقه».

فحكم بينه وبين خصمه ، فقال : لى دَعْوَى أُخْرَى . لم يَسْمَعْ منه ؛ لأنَّه قد قدَّمه بسبقه فى خصوصية ، فلا يقدِّمه بأُخْرَى ، ويقول له : اجلس حتى إذا لم يَبْقَ أحدٌ من الحاضرين ، نَظَرْتُ فى دَعَوَاكَ الأُخْرَى إن (٣٠) أمكن . فإذا فرغ الكلُّ ، فقال الأخيرُ بعد فصل خصوصيته : لى دَعْوَى أُخْرَى . لم يَسْمَعْ منه ، حتى يَسْمَعَ دَعْوَى الأوَّل الثانية ، ثم يَسْمَعَ دَعْوَاهُ . وإن ادَّعى المُدَّعى عليه ، على المُدَّعى ، حكم بينهما ؛ لأنَّنا إنما نعتبر الأوَّل فالأوَّل فى المُدَّعى (٣١) ، لا فى المُدَّعى عليه . وإذا تقدَّم الثانى ، فادَّعى على المُدَّعى الأوَّل ، أو المُدَّعى عليه الأوَّل ، حكم بينهما . وإن حضر اثنان ، أو جماعة دفعة واحدة ، أقرع بينهم ، فقدَّم من خرجت له القرعة ؛ لتساوى حقوقهم ، وإن كثر عددهم ، كتب أسماءهم فى رِقَاع ، وتركها بين يديه ، ومدَّ يده فأخذ رُقعة رُقعة ، واحدة بعد أُخْرَى ، ويُقدَّم صاحبها حسب ما يَتَّفَقُ .

٣٠/١١ فصل : / فإن حضر مُسافرون ومُقيمون ، وكان المسافرون قليلاً ، بحيث لا يضرُّ (٣٢) تقديمهم على المُقيمين ، قدَّمهم ؛ لأنَّهم على جناح السَّفر ، ويشغلون بما يصلح للرحيل ، وقد خفف الله عنهم الصَّوم وشطر الصَّلَاة تخفيفاً عنهم ، وفى تأخيرهم ضررٌ بهم ، فإن شاء أقرَّد لهم يوماً يفرِّغ من حوائجهم فيه ، وإن شاء قدَّمهم من غير أفراد يوم لهم . فإن كانوا كثيراً ، بحيث يضرُّ تقديمهم ، فهم والمُقيمون سواء ، لأنَّ تقديمهم مع القلَّة ، إنما كان للدفع (٣٣) المَضَرَّة المُختصة بهم ، فإذا آل دفع ضررهم (٣٤) إلى الضرر بغيرهم ، تساوا . ولا خلاف فى أكثر هذه الآداب ، وأنَّها ليست شرطاً فى صحَّة القضاء ، فلو قدَّم المسبوق ، أو قدَّم الحاضرين ، أو نحوه ، كان قضاؤه صحيحاً .

فصل : وإذا تقدَّم إليه خصمان ، فإن شاء قال : من المُدَّعى منكما ؟ لأنَّهما حضرا لذلك ، وإن شاء سكَّت ، ويقول القائم على رأسه : من المُدَّعى منكما ؟ إن سكَّنا

(٣٠) فى ب : « إذ » .

(٣١) فى ب ، م : « الدعوى » .

(٣٢) فى الأصل : « يضرهم » .

(٣٣-٣٢) فى م : « الضرر المختص » .

(٣٤) فى م : « الضرر عنهم » .

جميعاً . ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما : تكلم . لأن في إفراذه بذلك تفضيلاً له ،
وتركاً للإلصاف . قال (٣٥) عمرو بن قيس : شهدتُ شريحاً إذا جلس إليه
الحصمان ، ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر
يشعُب ، غمزه حتى يفرغ المدعى ، ثم يقول : تكلم . فإن بدا أحدهما ، فادعى ، فقال
خصمه : أنا المدعى . لم يلتفت الحاكم إليه ، وقال : أجب عن دعواه ، ثم ادع بعد
ما شئت . فإن ادعياً معاً ، فقياس المذهب أن يُقرع بينهما . وهو قياس قول الشافعي ؛ لأن
أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقد تعذر الجمع بينهما ، فيقرع بينهما ، كالمزائين إذا
زُفَّتا في ليلة واحدة . واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل : يرجأ أمرهما
حتى يتبين المدعى / منهما . وما ذكرناه أولى ؛ لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في
القضيتين معاً ، وإرجاء أمرهما إضراراً بهما ، (٣٦) وفي كل ما (٣٦) ذكرنا دفع للضرر (٣٧)
بحسب الإمكان ، وله نظير في مواضع من الشرع ، فكان أولى .

فصل : ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا في الوصية والإقرار ؛ لأن الحاكم
يسأل المدعى عليه عما ادعاه ، فإن اعترف به لزمه ، ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة (٣٨) ،
ويفارق الإقرار ؛ فإن الحق عليه ، فلا يسقط بتركه إثباته ، وإنما صححت الدعوى في
الوصية مجهولة ؛ لأنها تصبح مجهولة ؛ فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح ، فلا يمكنه (٣٩)
أن يدعيها إلا كمجهولة كاثبت ، وكذلك الإقرار ، لما صح أن يقر بمجهول ، صح لخصمه
أن يدعى عليه أنه أقر له بمجهول . إذا ثبت هذا ، فإن كان المدعى أثمناً ، فلا بد من ذكر
ثلاثة أشياء : الجنس ، والنوع ، والقدر ، فيقول : عشرة دنانير مصرية (٤٠) . وإن اختلفت
بالصحاح والمكسرة ، قال : صحاح . أو قال : مكسرة . وإن كانت الدعوى في غير

(٣٥-٣٥) في الأصل : عمرو بن قيس . وفي ب ، م : عمرو بن قيس . وانظر : أخبار القضاة ، لوكيع
٣٠٧/٢ .

(٣٦-٣٦) في ب ، م : وفيما .

(٣٧) في م : الضرر .

(٣٨) في ب : مجهولة .

(٣٩) في ب : يمكن .

(٤٠) في م : بصرية .

الأثمان ، وكانت عَيْنًا تَنْضَبُطُ بِالصِّفَاتِ ، كَالْحُبُوبِ وَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ ، اِحْتِجَاجُ أَنْ يَذْكُرَ الصِّفَاتِ الَّتِي تُشْتَرَطُ فِي السَّلَمِ ، وَإِنْ ذَكَرَ الْقِيَمَةَ كَانَ آكَدَ ، إِلَّا أَنَّ الصِّفَةَ تُغْنِي فِيهِ كَمَا تُغْنِي فِي الْعَقْدِ . وَإِنْ كَانَتْ جَوَاهِرَ وَنَحْوَهَا مِمَّا لَا يَنْضَبُطُ بِالصِّفَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْضَبُطُ إِلَّا بِهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى تَالِفًا ، وَهُوَ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ ، ادَّعَى مِثْلَهُ ، وَضَبَطَهُ بِصِفَتِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ ، كَالنَّبَاتِ وَالْحَيَوَانِ ، ادَّعَى قِيَمَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِتَالِفِهِ . وَإِنْ كَانَ التَّالِفُ شَيْئًا مُحَلِّيً بِفَضَّةٍ أَوْ بذهَبٍ ، قَوْمُهُ بِغَيْرِ جِنْسٍ حَلِيَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُحَلِّيً بِذهَبٍ وَفَضَّةٍ ، قَوْمُهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مُؤَضِّعٌ حَاجَةٌ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَقَارًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مَوْضِعِهِ ^(٤١) / وَحُدُودِهِ ، فَيَدَّعَى أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ بِحُدُودِهَا وَحُقُوقِهَا لِي ، وَأَنَّهَا فِي يَدِهِ ظُلْمًا ، وَأَنَا أَطَالِبُهُ بِرَدِّهَا عَلَيَّ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ لِي ، وَأَنَّهُ يَمْنَعُنِي مِنْهَا ، صَحَّتِ الدَّعْوَى وَإِنْ لَمْ يَقُلْ إِنَّهَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُنَازِعَهُ وَيَمْنَعَهُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي يَدِهِ . وَإِنْ ادَّعَى جِرَاحَةً لَهَا أَرْضٌ مَعْلُومٌ ، كَالْمَوْضِعَةِ مِنَ الْحَرِّ ، جَارًا أَنْ يَدَّعَى الْجِرَاحَةَ وَلَا يَذْكُرُ أَرْضَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَرٍّ لَا مُقَدَّرَ فِيهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَرْضِهَا . وَإِنْ ادَّعَى عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا ، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى حَتَّى يَدَّعَى أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ ، وَتَرَكَ فِي ^(٤٢) يَدِهِ وَلَدَهُ ^(٤٣) مَالًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْزَمُهُ قَضَاءُ دَيْنِ وَالِدِهِ مَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ . وَيَخْتِجُ أَنْ يَذْكُرَ تَرِكَهَ أَبِيهِ ، وَيُحَرِّرَهَا ، وَيَذْكُرَ قَدْرَهَا ، كَمَا يَصْنَعُ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَخْتِجُ إِلَى ذِكْرِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ تَحْرِيرَ دَيْنِهِ ، وَمَوْتَ أَبِيهِ ، وَأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ تَرِكَهَ أَبِيهِ مَا فِيهِ وَفَاءً لَدَيْنِهِ . وَإِنْ قَالَ : مَا فِيهِ وَفَاءً لِبَعْضِ دَيْنِهِ . اِحْتِجَاجُ أَنْ يَذْكُرَ ذَلِكَ الْقَدْرَ . وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فِي نَفْيِ تَرِكَهِ الْأَبِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ مَوْتَ أَبِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ ، وَقَدْ يَمُوتُ وَلَا يَعْلَمُ بِهِ ابْنُهُ ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ ^(٤٣) مَا وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ تَرِكَهَ أَبِيهِ مَا فِيهِ وَفَاءً بِحَقِّهِ ^(٤٤) ، وَلَا شَيْءَ مِنْهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَخْلِفْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ

(٤١) فِي م : « وَضَعَهُ » .

(٤٢-٤٣) فِي م : « يَدِهِ » .

(٤٣) فِي م : « أَنْ » .

(٤٤) فِي ب ، م : « حَقُّهُ » .

يُخْلَفُ تَرْكَةً فَلَا تَصِلُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَلْزُمُهُ الْإِيفَاءُ مِنْهُ ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنِ الْمُدَّعَى تَحْرِيرَ الدَّعْوَى ، فَهَلْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُلْقِنَهُ تَحْرِيرَهَا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِي ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِعَانَةٌ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فِي حُكُومَتِهِ .

فصل : إِذَا حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَ خَصْمَهُ الْجَوَابَ قَبْلَ أَنْ يَطْلُبَ

ظ ٣١/١١

مِنْهُ الْمُدَّعَى / ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ إِحْضَارُهُ وَالدَّعْوَى إِنَّمَا يُرَادُّ لِيَسْأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَقَدْ أَغْنَى ذَلِكَ عَنْ سُؤْلِهِ ، فَيَقُولُ لَخَصْمِهِ : مَا تَقُولُ فِيمَا يَدَّعِيهِ ؟ فَإِنْ أَقْرَأَ لِرِمَّةٍ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةِ الْمُقَرَّلِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَيْهِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَسْتَوْفِيهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةِ مُسْتَحَقَّةٍ ، هَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ ذَلِكَ ، فَاكْتَفَى بِهَا ، كَمَا اكْتَفَى بِهَا فِي مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْجَوَابَ ، وَلِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَا يَعْرِفُ مَطَالِبَةَ الْحَاكِمِ بِذَلِكَ ، فَيَتْرُكُ مَطَالِبَتَهُ بِهِ لَجَهْلِهِ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ قَبْلَ مَسْأَلَتِهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، إِنْ سَأَلَهُ الْخَصْمُ فَقَالَ : أَحْكُمْ لِي . حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَالْحُكْمُ أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَلْزَمْتُكَ ذَلِكَ ، أَوْ قَضَيْتُ عَلَيْكَ لَهُ . أَوْ يَقُولَ : أَخْرَجْ لَهُ مِنْهُ . فَمَتَى قَالَ لَهُ أَحَدُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ ، كَانَ حُكْمًا بِالْحَقِّ ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَقَالَ : لَا حَقَّ لَكَ قَبْلِي . فَهَذَا مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، قَالَ الْحَاكِمُ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ لَمَّا رَوَى أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَضَرَمِيُّ وَكِنْدِيُّ ، فَقَالَ الْحَضَرَمِيُّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي . فَقَالَ الْكِنْدِيُّ : هِيَ أَرْضِي ، وَفِي يَدِي ، فَلَيْسَ ^(٤٥) لَهُ فِيهَا حَقٌّ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضَرَمِيِّ : « أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَلَيْكَ يَمِينُهُ » ^(٤٦) . وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَارِفًا بِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، فَالْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ وَبَيْنَ أَنْ يَسْكُتَ ، فَإِذَا قَالَ لَهُ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَذَكَرَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً حَاضِرَةً ، لَمْ يَقُلْ لَهُ الْحَاكِمُ : أَحْضِرْهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَهُ ، ^(٤٧) فَلَهُ أَنْ ^(٤٨) يَفْعَلَ مَا يَرَى . وَإِذَا أَحْضَرَهَا لَمْ يَسْأَلْهَا الْحَاكِمُ عَمَّا عِنْدَهَا حَتَّى يَسْأَلَ الْمُدَّعَى ذَلِكَ ؛

(٤٥) ق م : « وليس » .

(٤٦) : تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(٤٧-٤٨) سقط من : الأصل . وفي ب : « له أن » .

لأنه حق له فلا^(٤٨) يسأله ، ولا^(٤٩) يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها ، قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها^(٥٠) ، إن شاء ؟ ولا يقول لهما : اشهدا . / لأنه أمر .
وكان شريح يقول للشاهدين : ما أنا دعوتكما ، ولا أنها كما أن ترجعا ، وما يقضى على هذا المسلم غيركما ، وإني بكما أقضى اليوم ، وبكما أتقي يوم القيامة^(٥١) . وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب ردّ شهادتهما ، ردّها . كما روى عن شريح ، أنه شهد عنده شاهد ، وعليه قباء محروط الكمين ، فقال له شريح : أتخسين أن تتوصأ ؟ قال : نعم . قال : فاحسبر عن ذراعيك . فذهب يحسبر عنهما ، فلم يستطع ، فقال له شريح : قم ، فلا شهادة لك^(٥٢) . وإن أديا الشهادة على غير وجهها ، مثل أن يقول : بلغنا أن عليه ألفا ، أو سمعنا ذلك . ردّ^(٥٣) شهادتهما . وشهد رجل عند شريح ، فقال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرقعه حتى مات . فقال شريح : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرقعه حتى مات .^(٥٤) قال : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرقعه حتى مات^(٥٥) . قال : قم ، لا شهادة لك^(٥٦) . وإن كانت شهادة صحيحة ، وعرف الحاكم عدالتهم ، قال للمشهود عليه : قد شهدا عليك ، فإن كان عندك ما يقدر في شهادتهما ، فبينه عندي . فإن سأل الإنظار ، أنظره اليومين والثلاثة . فإن لم يجرح حكم عليه ؛ لأن الحق قد وضح^(٥٧) على وجه لا إشكال فيه . وإن ارتاب بشهادتهما ، فرقهم ، فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها ، فيقول : كنت أول من شهد ، أو كتبت ، أو لم تكتب ، وفي أي مكان شهدت ، وفي أي شهر ، وأي يوم ؟ وهل كنت وحدك ، أو معك غيرك ؟ فإن اختلفوا ، سقطت شهادتهما ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم . ويقال : أول من فعل هذا

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل .

(٤٩) في الأصل : « فليذكر » .

(٥٠) تقدم في صفحة ٥٢ .

(٥١) أنه القضاة ٢/٣٠٠ .

(٥٢) في ١ ، ب ، م : « ردت » .

(٥٣-٥٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٤) في ب زيادة : « له » .

دَنِيَالُ . وَيَقَالُ : فَعَلَهُ سَلِيمَانُ ، وَهُوَ صَغِيرٌ . وَرُويَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ سَبْعَةَ
نَفَرٍ خَرَجُوا ، ففُقِدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، فَأَتَتْ زَوْجَتُهُ عَلِيًّا ، فَدَعَا السَّبْعَةَ ، فَسَأَلَهُمْ عَنْهُ ، فَأُنْكَرُوا ،
فَفَرَّقَهُمْ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ عِنْدَ سَارِيَةٍ ، وَوَكَّلَ بِهِ ^(٥٥) مَنْ يَحْفَظُهُ ، وَدَعَا وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَسَأَلَهُ
فَأُنْكَرَ ، فَقَالَ : اللَّهُ أَكْبَرُ . فَظَنَّ الْبَاقُونَ أَنَّهُ قَدْ اعْتَرَفَ / ، فَدَعَاهُمْ ، فَأَعْتَرَفُوا ، فَقَالَ ^{ط ٣٢/١١}
لِلأَوَّلِ : قَدْ شَهِدُوا عَلَيَّكَ ، وَأَنَا قَاتِلُكَ . فَأَعْتَرَفَ ، فَقَتَلَهُمْ . وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَدَاةَ التَّهْمَا ، بَحَثَ
عَنْهَا ، فَإِنْ لَمْ تُثَبِّتْ عَدَاةُ التَّهْمَا ، قَالَ لِلْمُدَّعِي : زِدْنِي شَهِودًا . وَإِنْ لَمْ ^(٥٦) تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ،
عَرَفَهُ الْحَاكِمُ أَنَّ لَكَ يَمِينَهُ . وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ
حَقٌّ لَهُ ، فَلَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهَا مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَةٍ مُسْتَحَقِّهَا ، كَنَفْسِ الْحَقِّ . فَإِنْ اسْتَحْلَفَهُ مِنْ
غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، أَوْ بَادَرَ الْمُنْكَرُ فَحْلَفَ ، لَمْ يُعْتَدَ بِيَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِهَا فِي غَيْرِ وَقْتِهَا . وَإِذَا
سَأَلَهَا ^(٥٧) الْمُدَّعِي ، أَعَادَهَا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى لَمْ تَكُنْ يَمِينَهُ . وَإِنْ أَمْسَكَ الْمُدَّعِي عَنْ
إِخْلَافِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَرَادَ إِخْلَافَهُ بِالْدَّعْوَى الْمُتَقَدِّمَةِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسْقِطْ حَقَّهُ
مِنْهَا ، وَإِنَّمَا أَخَّرَهَا . وَإِنْ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْيَمِينِ . سَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا فِي هَذِهِ الدَّعْوَى ،
وَلَهُ أَنْ يَسْتَأْنِفَ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالْإِبْرَاءِ مِنَ الْيَمِينِ . فَإِنْ اسْتَأْنَفَ الدَّعْوَى ،
فَأُنْكَرَ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يُحْلِفَهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى غَيْرُ الدَّعْوَى الَّتِي أَبْرَأَ فِيهَا مِنَ
الْيَمِينِ ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي أَنْ يُحْلِفَهُ يَمِينًا أُخْرَى ، لِأَنَّ هَذَا
الْمَجْلِسَ ، وَلَا فِي غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ لْجَمَاعَةٍ فَرَضُوا بِيَمِينِ وَاحِدٍ ، جَازَ ، وَسَقَطَتْ
دَعْوَاهُمْ بِالْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهَا حَقُّهُمْ ؛ وَلَئِنَّهُ لَمَّا جَازَ ثُبُوتُ الْحَقِّ بَيِّنَةٌ وَاحِدَةٌ لْجَمَاعَةِ ، جَازَ
سُقُوطُهُ بِيَمِينِ وَاحِدَةٍ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ حَتَّى يَحْلِفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ يَمِينًا .
وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةٌ فِي حَقِّ الْوَاحِدِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهَا
اِثْنَانِ ، صَارَتِ الْحُجَّةُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَاقِصَةً ، وَالْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ لَا تَكْمُلُ بِرِضَى
الْخَصْمِ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ،

(٥٥) سقط من : ب .

(٥٦) سقط من : م .

(٥٧) في الأصل : « سَأَلَهُ » .

فإذا رَضِيََا به ، جازَ ، ولا يُلْزَمُ مِنْ رِضاها يَمِينِ واحدة ، أن يكونَ لكلِّ واحدٍ بعضُ
 اليمينِ ، كما أنَّ الحقوقَ إذا قامتْ بها يَبْنَةُ واحدة ، لا يكونُ لكلِّ حقٍّ بعضُ البَيِّنَةِ ، فأما إن
 حَلَفَهُ لجميعِهِمْ يَمِينًا واحدةً بغيرِ / رِضاها ، لم تَصِحَّ يَمِينُهُ . بلا خِلافٍ نَعْلَمُهُ . وقد
 حَكَى الإِصْطِخْرِيُّ ، أنَّ إِسْماعِيلَ بْنَ إِسْحاقَ القاضِي ، حَلَفَ رجلًا بِحقِّ لرجلين يَمِينًا
 واحدةً ، فخطأه أهلُ عصرِهِ^(٥٨) . وإن قال المُدَّعى : لى بَيِّنَةٌ غائِبَةٌ . قال له الحاكمُ : لك
 يَمِينُهُ ، فإن شِئْتَ فاستَحْلِفْهُ ، وإن شِئْتَ أَخَرْتُهُ إلى أن تُخْضِرَ بَيِّنَتَكَ ، وليس لك مُطالَبَتُهُ
 بِكفيلٍ ، ولا مُلازِمَتُهُ حتى تُخْضِرَ البَيِّنَةَ . نصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لقول
 رسولِ اللهِ ﷺ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ »^(٥٩) . فإن أحْلَفَهُ^(٦٠) ، ثم
 حَضَرَتْ بَيِّنَتُهُ ، حَكَمَ بها ، ولم تُكُنِ اليمينُ^(٦١) مُزِيلَةً لِلْحَقِّ ؛ لأنَّ اليمينَ إِنَّمَا يُصارُ إِلِيا
 عِنْدَ عَدَمِ البَيِّنَةِ ، فإذا وَجَدْتَ البَيِّنَةَ بَطَلَتِ اليمينُ ، وَبَيَّنَ كَذِبُها . وإن قال : لى بَيِّنَةٌ
 حاضِرَةٌ ، وأريدُ يَمِينَهُ ثم أَقِيمَ بَيِّنَتِي . لم يَمْلِكْ ذلك . وقال أبو يوسفَ : يَسْتَحْلِفُهُ ، وإن
 نَكَلَ قَضَى عليه ؛ لأنَّ فى الاستِحْلافِ فائدةً ، وهو أَنَّهُ رَمَّا نَكَلَ ، فَقَضَى عليه ، فَأَغْنَى
 عَنِ البَيِّنَةِ . ولنا ، قوله عليه السلامُ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ » .
 و « أَوْ » لِلتَّخْيِيرِ بَيْنَ شَيْئَيْنِ ، فلا يكونُ لَهُ الجَمْعُ بينهما ، ولأنَّهُ أَمَكْنَ فَصَلَ الْخُصُومَةَ
 بِالْبَيِّنَةِ ، فلم يُشْرَعْ غَيْرُها مع إرادةِ المُدَّعى إقامَتِها وَحُضُورَها ، كما لو^(٦٢) لم يَطْلُبْ^(٦٢)
 يَمِينَهُ ، ولأنَّ اليمينَ بَدَلٌ ، فلم يَجِبِ الجَمْعُ بينها وبين مُبَدِّلِها ، كسائرِ الأبدالِ مع
 مُبَدِّلَاتِها . وإن قال المُدَّعى : لا أريدُ إقامَتِها ، وَإِنَّمَا أريدُ يَمِينَهُ أَكْتَفَى بها . استَحْلِفْ ؛ لأنَّ
 البَيِّنَةَ حَقَّهُ ، فإذا رَضِيَ بِاسْتِقاطِها ، وَتَرَكَ إقامَتِها ، فله ذلك ، كَنَفْسِ الْحَقِّ . فإن حَلَفَ
 المُدَّعى عليه ، ثم أَرَادَ المُدَّعى إقامَةَ بَيِّنَتِهِ ، فهل يَمْلِكُ ذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛
 أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ لا تَبْطُلُ بِالاسْتِحْلافِ ، كما لو كانتْ غائِبَةً . والثانى ، ليس

(٥٨) انظر : طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٥٩) تقدم ترجمته ، فى : صفحة ٣٢ .

(٦٠) فى ب : « حلفه » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢-٦٢) فى الأصل : « بطلت » .

له ذلك ؛ لأنه قد أسقط حقه من إقامتها ، ولأنَّ تجويزَ إقامتها يفتحُ بابَ الجيلة ، لأنه يقول : لا أريدُ إقامتها . ليخلفَ خصمه ، ثم يُقيّمها . فإن كان له شاهدٌ واحدٌ / في الأموال ، عرفه الحاكمُ أنَّهُ أن يحلفَ مع شاهده ، ويستحقُّ ، فإن قال : لا أخلفُ أنا ، وأرضى بيمينه . استخلفَ له ^(٦٣) ، فإذا حلفَ ، سقط الحقُّ عنه ، فإن عادَ المدعى بعدها ، وقال : أنا أخلفُ مع شاهدي . لم يستخلفَ ، ولم يُسمعَ منه . ذكره القاضي . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنَّ اليمينَ فعلُهُ وهو قادرٌ عليها ، فأمكنه أن يسقطها ، بخلافِ البيّنة . وإن عادَ قبلَ أن يحلفَ المدعى عليه ، فبذلَّ اليمينَ ، فقال القاضي : ^(٦٤) لم يكنْ له ذلك في هذا المجلس . وكلُّ موضعٍ قلنا : يستخلفُ المدعى عليه . فإن الحاكمَ يقولُ له : إن حلفتَ ، وإلا جعلتُك ناكِلاً ، وقضيتُ عليك . ثلاثاً ، فإن حلفَ ، وإلا حكمَ عليه بنكوله إذا سألَه المدعى ذلك . فإن سكَّت عن جوابِ الدعوى ، فلم يُقرَّ ولم يُنكرَ ، حبسه الحاكمُ حتى يُجيبَ ، ولا يجعله بذلك ناكِلاً . ذكره القاضي ، في « المُجرَّد » . وقال أبو الخطَّابِ : يقولُ له الحاكمُ : إن أجبتَ ، وإلا جعلتُك ناكِلاً ، وحكمتُ عليك . ويكرِّرُ ذلك عليه ثلاثاً ^(٦٥) ، فإن أجابَ وإلا جعله ناكِلاً ، وحكمَ عليه ؛ لأنه ناكِلٌ عمَّا توجَّه عليه الجوابُ فيه ، فيحكمُ عليه بالنكول عنه ، كاليمين .

١٨٧٤ - مسألة ، قال : (وإذا حكمَ على رجلٍ في عملٍ غيره ، فكتبَ بإفادِ القضاءِ عليه إلى قاضي ذلك البلدِ ، قبلَ كتابته ، وأخذَ المَحْكومَ عليه بذلك الحقُّ)

الأصلُ ^(١) في كتابِ القاضي إلى القاضي ، والأميرِ إلى الأميرِ ، الكتابُ والسُّنةُ والإجماعُ ؛ أما الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ إِنِّي أَلْقَيْتُ إِلَيْكَ كِتَابَ كَرِيمٍ * إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * أَلَا تَعْلَمُونَ أَنِّي وَأَتُونِي مُسْلِمِينَ ﴾ ^(٢) . وأما السُّنةُ ، فإنَّ

(٦٣) في الأصل : « لها » .

(٦٤) - (٦٤) في م : « ليس » .

(٦٥) سقط من : ب ، م .

(١) قبل هذا في م زيادة : « ثم » .

(٢) سورة النمل ٢٩ - ٣١ .

النَّبِيِّ ﷺ كَتَبَ إِلَى كِسْرَى ، وَقَيْصَرَ ، وَالنَّجَاشِيِّ ، وَمُلُوكِ الْأَطْرَافِ ، وَكَانَ يَكْتُبُ إِلَى
وُلَاتِهِ ، وَيَكْتُبُ لِعُمَلَاهُ وَسُعَاتِهِ ، وَكَانَ فِي كِتَابِهِ / إِلَى قَيْصَرَ : « بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ . مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ، إِلَى قَيْصَرَ عَظِيمِ الرُّومِ ، أَمَّا بَعْدُ ، فَأَسْلِمَ تَسْلَمَ ، وَأَسْلِمَ
يُوتِكَ اللَّهُ أَجْرًا عَظِيمًا ، فَإِنْ تَوَلَّيْتَ ، فَإِنْ عَلَيكَ إِثْمُ الْأَرِيسِيِّينَ ^(٣) ، وَ ﴿ يَأْهَلُ الْكِتَابِ
تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾ ^(٤) » . وَرَوَى الضَّحَّاكُ بْنُ سُفْيَانَ ، قَالَ : كَتَبَ
إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « أَنْ وَرِثَ امْرَأَةٌ أَشِيمَ الضُّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا » ^(٥) . وَأَجْمَعَتِ
الْأُمَّةُ عَلَى أَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي . وَلَئِنْ الْحَاجَةُ إِلَى قَبُولِهِ دَاعِيَةٌ ، فَإِنْ مِنْ لَهُ حَقٌّ فِي بَلَدٍ
غَيْرِ بَلَدِهِ ، لَا ^(٦) يُمَكِّنُهُ إِثْنَانُهُ ، وَالْمُطَالَبَةُ بِهِ ، إِلَّا بِكِتَابِ الْقَاضِي ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ . إِذَا ثَبَتَ
هَذَا ، فَإِنَّ كِتَابَ الْقَاضِي ^(٧) إِلَى الْقَاضِي ^(٨) يُقْبَلُ فِي الْأُمُورِ ، وَمَا يَقْصُدُهُ الْمَالُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي
الْحُدُودِ ، لِحَقِّ ^(٩) اللَّهِ تَعَالَى . وَهَلْ يُقْبَلُ فِيمَا عَادَ هَذَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَذَا قَالُوا أَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ ، مِنَ الْجِرَاجِ وَغَيْرِهَا ، وَهَلْ
يُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذَا الْفَصْلِ يُذَكِّرُ فِي الشَّهَادَةِ
عَلَى الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَالْكِتَابُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكْتُبَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ،
وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَحْكُمَ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَيَغِيبَ ^(١٠) قَبْلَ إِيْفَائِهِ ، أَوْ يَدَّعِيَ حَقًّا عَلَى غَائِبٍ ،
وَيُقِيمَ بِهِ بَيِّنَةً ، وَيَسْأَلُ الْحَاكِمَ الْحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَيَحْكُمَ عَلَيْهِ ، وَيَسْأَلُهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا

(٣) أَى : إِثْمُ الْفَلَاحِينَ وَالزَّارِعِينَ ، أَى : إِثْمُ رَعِيَّتِهِ .

(٤) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٦٤ .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ دَعَاءِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْإِسْلَامِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسِّيرِ ، وَفِي : بَابِ :
﴿ إِنْ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ... ﴾ ، فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٥٣/٤ ، ٥٧-٥٨ ، ٤٢/٦ ، ٤٥-٤٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى هِرْقَلٍ يَدْعُوهُ إِلَى الْإِسْلَامِ ، وَبَابِ
كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى مُلُوكِ الْكُفَّارِ يَدْعُوهُمْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١٣٩٣ ، ١٣٩٤ ،
١٣٩٧ .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٨٥/٩ .

(٦) فِي م : « وَلَا » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي م : « كَحَقِّ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فَيُبْعَثُ » .

يَحْمِلُهُ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْغَائِبُ ، فَيَكْتُبُ لَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ تَقُومُ الْبَيِّنَةُ عَلَى حَاضِرٍ ،
فِيهِ رَبُّ قَبْلِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَيَسْأَلُ صَاحِبَ الْحَقِّ الْحَاكِمَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ ، وَأَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا
بِحُكْمِهِ . فَفِي هَذِهِ الصُّورِ الثَّلَاثِ ، يَلْزَمُ الْحَاكِمَ إِجَابَتُهُ إِلَى الْكِتَابَةِ ، وَيَلْزَمُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ
قَبُولُهُ ، سَوَاءٌ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ بَعِيدَةً أَوْ قَرِيبَةً ، حَتَّى لَوْ كَانَا فِي جَانِبَيْ بَلَدٍ أَوْ مَجْلِسٍ ، لَزِمَهُ
قَبُولُهُ وَإِمضَاؤُهُ ، سَوَاءٌ كَانَ حُكْمًا عَلَى حَاضِرٍ أَوْ غَائِبٍ . / لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافًا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ
الْحَاكِمِ يَجِبُ إِمضَاؤُهُ عَلَى كُلِّ حَاكِمٍ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَ يُعْلِمُهُ ^(١٠) بِشَهَادَةِ
شَاهِدَيْنِ عِنْدَهُ بِحَقِّ لِفْلَانٍ ، مِثْلَ أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عِنْدَهُ بِحَقِّ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرٍ ، وَلَمْ يَحْكَمْ بِهِ ،
فَيَسْأَلُهُ ^(١١) صَاحِبُ الْحَقِّ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا بِمَا حَصَلَ عِنْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَكْتُبُ لَهُ أَيْضًا . قَالَ
الْقَاضِي : وَيَكُونُ فِي كِتَابِهِ : شَهِدَ عِنْدِي فُلَانٌ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا . لِيَكُونَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ هُوَ
الَّذِي يَقْضِي بِهِ ، وَلَا يَكْتُبُ : ثَبَّتْ عِنْدِي ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ثَبَّتْ عِنْدِي . حُكْمٌ بِشَهَادَتِهِمَا ،
فَهَذَا لَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، إِلَّا فِي الْمَسَافَةِ الْبَعِيدَةِ ، الَّتِي هِيَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ ، وَلَا يَقْبَلُهُ ^(١٢)
فِيمَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلُ شَهَادَةٍ ^(١٣) ، فَاعْتَبِرْ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَنَحْنُ هَذَا
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ فِي بَلَدِهِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
مِثْلُ هَذَا . وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِهِ : الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، ^(١٤) إِلَّا لَا
يَجُوزُ ^(١٥) ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَاحْتِجَّ مَنْ أَجَاذَهُ بِأَنَّهُ كِتَابُ الْحَاكِمِ بِمَا ثَبَّتَ عِنْدَهُ ،
فَجَازَ قَبُولُهُ مَعَ الْقُرْبِ ، كَكِتَابِهِ بِحُكْمِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ إِلَى الْمَكْتُوبِ
إِلَيْهِ ^(١٥) ، فَلَمْ يَجُزْ مَعَ الْقُرْبِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ كِتَابَهُ بِالْحُكْمِ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ
لَيْسَ بِثَقِيلٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ خَبَرٌ ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَلْزَمُهُ قَبُولُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ
بِالْحَقِّ الَّذِي حَكَّمَ عَلَيْهِ بِهِ ، فَيَبْعَثُ إِلَيْهِ ، فَيَسْتَدْعِيهِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ ، أَمَرَهُ

(١٠) فِي ب ، م : « يَعْلَمُهُ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « فَيَسْأَلُهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَقْبَلُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « شَهَادَتُهُ » .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : م . نَقْلُ نَظَرٍ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بأدائه ، وألزمه إياه . وإن قال : لست المُسمَّى في هذا الكتاب . فالقول قوله مع يمينه ،
إلا أن يُقيم المدعى بيّنة أنه المُسمَّى في الكتاب . وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه ،
والنسب نسبه ، والصفة صفته ، / إلا أن الحق ليس هو عليه ، إنما هو على آخر يُشاركه في ٣٥/١١
الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول المدعى في نفي ذلك ؛ لأن الظاهر عدم المشاركة في
هذا كله ، فإن أقام المدعى عليه بيّنة بما ادّعاه من وجود مُشارك له في هذا كله ، أخضره
الحاكم ، وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ، ألزمه به ، وتخلص الأول ، وإن أنكره ، وقف
الحكم ، ويكتب ^(١٦) إلى الحاكم الكاتب يُعلمه الحال ، وما وقع من الإشكال ، حتى
يخضّر الشاهدين ، فيشهدا عنده بما يتمييز به المشهود عليه منهما . وإن ادّعى المُسمَّى
أنه كان في البلد من يُشاركه ^(١٧) في الاسم والصفة ، وقد مات ، نظرنا ؛ فإن كان موته قبل
وقوع المعاملة التي وقع الحكم بها ، أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه ، أو المحكوم
له ، لم يقع إشكال ، وكان وجوده كعدمه . وإن كان موته بعد الحكم ، أو بعد المعاملة ،
وكان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة ، فقد وقع الإشكال ، كما لو كان
حيًا ؛ لجواز أن يكون الحق على الذي مات .

فصل : وإذا كتب الحاكم بثبوت بيّنة ، أو إقرار بدين ، جاز ، وحكم به المكتوب
إليه ، فأخذ ^(١٨) المحكوم عليه به ، وإن كان ذلك عيّنًا ؛ كعقار محدود ، أو عين مشهودة ،
لا تشبهه بغيرها ، كعبد معروف مشهور ، أو دابة كذلك ، حكم به المكتوب إليه أيضًا ،
والزِم تسليمه إلى المحكوم له به ، وإن كان عيّنًا لا تميّز إلا بالصفة ، كعبد غير مشهور ^(١٩) ،
أو غيره من الأعيان التي لا تميّز إلا بالوصف ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يقبل كتابه .
وبه قال أبو حنيفة . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن الوصف لا يكفي ،
بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية ، كذلك المشهود به . والثاني ،

(١٦) في ب ، م ، : وكتب .

(١٧) في الأصل : شاركه .

(١٨) سقطت الفاء من : ب ، م ، .

(١٩) في ب ، م ، : مشهود .

يجوز؛ لأنه ثبت في الذمة بالعقد / على هذه الصفة، فأشبهه الدين، ويخالف المشهود له، ٣٥/١١ ظ
فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه، ولأن المشهود عليه يثبت
بالصفة والتحلية، فكذلك المشهود به. فعلى هذا الوجه، ينفذ العين مختومة، وإن كان
عبدًا أو أمة تختم في عنقه، وبعثه إلى القاضي الكاتب، ليشهد الشاهدان على عينه، فإن
شهدا عليه، دُفع إلى المشهود له به، وإن لم يشهدا على عينه، أو قال: المشهود به غير
هذا. وجب على آخذه رده إلى صاحبه، ويكون حكمه حكم المقتوب في ضمانه،
وضمنان نقصه ومنفعته، فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه^(٢٠)، إلى أن يصل إلى
صاحبه؛ لأنه أخذه من صاحبه قهرًا بغير حق.

فصل: ومتى^(٢١) استوفى الحق من المحكوم عليه، فقال^(٢٢) للحاكم عليه: اكتب
لي^(٢٣) محضرًا بما جرى؛ لئلا يلقاني خصمي في موضع آخر، فيطالبني به مرة
أخرى. ففيه وجهان؛ أحدهما، تلزمه إجابته؛ ليخلص من المخذور الذي يخافه.
والثاني، لا تلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده، أو حكم به، فأما استئناف
ابتداء، فيكفيه فيه الإشهاد، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق؛ لأن الحق ثبت
عليه بالشهادة. والأول أصح؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق، ويخاف الضرر بدون
المحضر، فأشبه ما حكم به ابتداء. وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به
الحق، لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه ملكه، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره. وكذلك كل من له
كتاب بدني، فاستوفاه، أو عقارًا فباعه، لا يلزمه دفع الكتاب؛ لأنه ملكه؛ ولأنه يجوز
أن يخرج ما قبضه مستحقًا، فيعود إلى ماله.

فصل: ويقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر، وإلى قاضي قرية، ومن قاضي
قرية إلى قاضي قرية، وقاضي مصر. ومن القاضي إلى خليفته، ومن خليفته إليه؛ لأنه

(٢٠) في ب: « يأخذه » .

(٢١) في الأصل، م: « ومن » .

(٢٢) أي: المحكوم عليه .

(٢٣) سقط من: الأصل .

٣٦/١١ كتاب / من قاضي إلى قاضي ، فأشبهه مالمواستويًا . ويجوز أن يكتب إلى قاضي معين ، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم ، من غير تعيين ، ولزم من وصله قبوله . وهذا قال أبو ثور . واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يكتب إلى غير معين . ولنا ، أنه كتاب حاكم من ولايته ، وصل إلى حاكم ، فلزمه قبوله ، كما لو كان الكتاب إليه بعينه .

فصل : وصيفة الكتاب : بسم الله الرحمن الرحيم . سبب^(٢٤) هذه المكاتبية^(٢٥) ، أطل الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أنه ثبت عندى فى مجلس حكمى وقضائى ، الذى أتولاه بمكان كذا . وإن كان نائبًا ، قال : الذى أنوب فيه عن القاضى فلان ، بمخضبر من خصمين ؛ مدّع ، ومدّعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البيّنة من أحدهما على الآخر ، بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندى ، عرفتهما ، وقبلت شهادتهما ، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلانى ، بعينه واسمه ونسبه . فإن كان فى إثبات أسرٍ أسيرٍ قال : وإن الفرنج ، خذلهم الله ، أسروه^(٢٥) من مكان^(٢٥) كذا ، فى وقت كذا ، وأخذوه إلى مكان كذا ، وهو مقيم تحت حوطهم ، أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ، ليس له شيء من الدنيا ، ولا يقدر على فكائك نفسه ، ولا على شيء منه ، وأنه مستحق للصدقة ، على ما يقتضيه كتاب المخضبر المشار إليه ، المتصل أوله بآخر كتابى هذا ، المؤرخ بكذا . وإن كان فى إثبات دينٍ كتب : وأنه استحق فى ذمة فلان بن فلان الفلانى - ويرفع فى نسبه ، ويصفه بما يتميز به - من الدين كذا وكذا ، دينًا عليه حالًا ، وحققًا واجبًا لازمًا ، وأنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه . وإن كان / فى إثبات عيني ، كتب : وأنه مالك لما فى يدى فلان من الشيء الفلانى - ويصفه صفةً يتميز بها - مستحق لأخذه وتسليمه^(٢٦) ، على ما يقتضيه كتاب المخضبر المتصل بآخر كتابى هذا ، المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران :

(٢٤) - (٢٤) فى م : « هذا الكتاب » .

(٢٥) - (٢٥) فى م : « بمكان » .

(٢٦) فى الأصل : « وتسلمه » .

إنهما بما شهدا به عالمان ، وله مُحققان ، وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندي ، فأُضَيِّتْ ماثبت عندي من ذلك ، وحكمتُ بمُوجِبِهِ بِسُؤالٍ مَنْ جازتْ مسألته ، وسألني مَنْ جازَ سؤاله ، وسوَّغتِ الشريعةُ المطهرةُ إجابتهُ المكاتبَةَ بذلك إلى القضاةِ والحكَّامِ ، فأجبتُهُ^(٢٧) إلى مُلتَمَسِهِ ؛ لجوازِهِ له شرعاً ، وتقدَّمتُ بهذا الكتابُ فكتبَ ، وبإلصاقِ المَحْضَرِ المُشارِ إليه فالصِقَ ، فمَنْ وَقَفَ عليه^(٢٨) منهم ، وتأَمَّلَ ما ذكرتهُ ، وتصفَّحَ ما سَطَرْتُهُ ، واعتمَدَ في إنفاذه والعملِ بِمُوجِبِ ما يُوجِبُهُ الشَّرْعُ المُطَهَّرُ ، أحرَزَ مِنَ الأَجْرِ أَجْزَلَهُ . وكتبَ من مَجْلِسِ الحُكْمِ المَحْرُوسِ ، مِنْ مَكَانٍ كذا ، في وقتٍ كذا . ولا يُشْتَرَطُ أَنْ يَذْكُرَ القاضِي اسمَهُ في العُنوانِ ، ولا يَذْكُرَ اسمَ المَكْتُوبِ إليه في باطنِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا لم يَذْكُرْ اسمَهُ ، فلا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الكتابَ ليس إليه ، ولا يَكْفِي ذِكْرُ اسمِهِ في العُنوانِ دونَ باطنِهِ ؛ لأنَّ ذلك لم يَقَعْ على وَجْهِ المُخاطَبَةِ . ولنا ، أنَّ المَعْوَلَ فيه على شَهادَةِ الشَّاهِدَيْنِ على القاضِي الكاتبِ بالحُكْمِ ، وذلك لا يَقْدَحُ فيها^(٢٩) ، ولو ضاعَ الكتابُ أو اُتْحَى ، سُمِعَتْ شَهادَتُهُما ، وحُكِمَ بها .

١٨٧٥ - مسألة ، قال : (وَلَا يَقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ يَقُولَانِ : قَرَأَهُ عَلَيْنَا ، أَوْ قُرِئَ عَلَيْهِ بِحَضْرَتِنَا ، فَقَالَ : اشْهَدَا عَلَيَّ أَنَّهُ كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ)

وجملته أنه يُشْتَرَطُ لِقَبُولِ كتابِ القاضِي شروطٌ ثلاثةٌ ؛ أحدها ، أن يشهد به شاهدانِ عَدْلانِ ، ولا يَكْفِي معرفةُ المكتوبِ / إليه خَطُّ الكاتبِ ، وَخَتْمُهُ ، ولا يَجُوزُ له قَبُولُهُ بذلك ، في قولِ أئمَّةِ الفُتُوَى . وحكى عن الحسنِ ، وسوَّارٍ ، والعنبريِّ ، أنهم قالوا : إذا كان يَعْرِفُ خَطَّهُ وَخَتْمَهُ ، قَبْلَهُ . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ ، والإصْطَحَرِيِّ . ويتَخَرَّجُ لنا مِنْهُ بِنَاءً على قولِهِ في الوَصِيَّةِ إذا وَجَدَتْ بِخَطِّهِ ؛ لأنَّ ذلك تَحْصُلُ بِهِ غَلْبَةُ الظَّنِّ ، فَأَشْبَهَ شَهادَةَ

(٢٧) في ب ، م : « فأوجبه » .

(٢٨) في م : « عليهم » .

(٢٩) سقط من : الأصل ، ب .

الشَّاهِدَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا مُمْكِنُ اثْبَاتِهِ بِالشَّهَادَةِ ، لَمْ يُجْزِ الْأَقْتِصَارُ فِيهِ عَلَى الظَّاهِرِ ، كَأَثْبَاتِ الْعُقُودِ ؛ وَلَئِنَّ الْخَطَّ يُشْبِهُ الْخَطَّ ، وَالْخَتْمَ يُمَكِّنُ التَّزْوِيرَ عَلَيْهِ ، وَيُمْكِنُ الرُّجُوعُ إِلَى الشَّهَادَةِ ، فَلَمْ يُعَوَّلْ عَلَى الْخَطِّ ، كَالشَّاهِدِ لَا يُعَوَّلُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ ، وَفِي هَذَا انْفِصَالٌ عَمَّا ذَكَرُوهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ إِذَا كَتَبَ الْكِتَابَ ، دَعَا رَجُلَيْنِ يَخْرُجَانِ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، فَيَقْرَأُ عَلَيْهِمَا ^(١) الْكِتَابَ ، أَوْ يَقْرُؤُهُ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ، وَالْأَخُوطُ أَنْ يَنْظُرَا مَعَهُ فِيمَا يَقْرُؤُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَنْظُرَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقْرِئُ إِلَّا ثِقَةً ، فَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمَا قَالَا : اشْهَدَا ^(٢) عَلَى أَنْ هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ . وَإِنْ قَالَ : اشْهَدَا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ . كَانَ أَوَّلَى ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ . فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ يُحْمَلُهَا الشَّهَادَةُ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ أَنْ يَقُولَ : اشْهَدَا عَلَيَّ . كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُجْزَى . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مَا فِي الْكِتَابِ قَلِيلًا ، اعْتَمَدَا ^(٣) عَلَى حِفْظِهِ ، وَإِنْ كَثُرَ فَلَمْ يَقْدِرَا عَلَى حِفْظِهِ ، كَتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونَهُ ، وَقَابَلَ بِهَا لَتَكُونَ مَعَهُ ، يَذْكُرُ بِهَا مَا يَشْهَدُ بِهِ ، وَيَقْبِضَانِ ^(٤) الْكِتَابَ قَبْلَ أَنْ يَغِيْبَا ؛ لِئَلَّا يَذْفَعَ إِلَيْهِمَا غَيْرُهُ ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ مَعَهُمَا إِلَيْهِ ، قَرَأَهُ الْحَاكِمُ أَوْ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ، فَإِذَا سَمِعَاهُ قَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي إِلَيْكَ ، أَشْهَدُنَا عَلَى نَفْسِهِ بِمَا فِيهِ . لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ / كِتَابُهُ غَيْرَ الَّذِي أَشْهَدُهُمَا عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَلَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يَقُولَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ . لِأَنَّهَا أَدَاءُ شَهَادَةٍ ، فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ لَفْظِ الشَّهَادَةِ . وَيجبُ أَنْ يَقُولَا : مِنْ عَمَلِهِ . لِأَنَّ الْكِتَابَ لَا يُقْبَلُ إِلَّا إِذَا وَصَلَ مِنْ مَجْلِسِ عَمَلِهِ . وَسَوَاءٌ وَصَلَ الْكِتَابُ مَخْتُومًا أَوْ غَيْرَ مَخْتُومٍ ، مَقْبُولًا أَوْ غَيْرَ مَقْبُولٍ ؛ لِأَنَّ الْأَعْتِمَادَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا ، لَا عَلَى الْخَطِّ وَالْخَتْمِ . فَإِنْ امْتَحَى الْكِتَابُ ، وَكَانَا يَحْفَظَانِ مَا فِيهِ ، جَازَ لهُمَا أَنْ يَشْهَدَا بِذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَحْفَظَا مَا فِيهِ ، لَمْ تُمْكِنْهُمَا الشَّهَادَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : لَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى خَتْمِ الْقَاضِي . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ كِتَابًا إِلَى قَيْصَرَ ، وَلَمْ يَخْتِمْهُ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّهُ لَا يَقْرَأُ كِتَابًا غَيْرَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « اشْهَدُوا » .

(٣) فِي ب ، م : « اعْتَمَد » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَيَقْبِضَانِ » .

مَخْتُومٌ . فَاتَّخَذَ الْخَاتَمَ ^(٥) . وَاقْتَصَارُهُ عَلَى الْكِتَابِ دُونَ الْخَتَمِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْخَتَمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ لِيَقْرَأُوا كِتَابَهُ ، وَلَأَنْهُمَا شَهِدَا بِمَا فِي الْكِتَابِ وَعَرَفَا مَا فِيهِ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ وَصَلَ مَخْتُومًا وَشَهِدَا بِالْخَتَمِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ ضَبْطُهُمَا الْمَعْنَى الْكِتَابِ ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ . قَالَ الْأَنْزَمِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ قَوْمٍ شَهِدُوا عَلَى صَحِيفَةٍ ، وَبَعْضُهُمْ يَنْظُرُ فِيهَا ، وَبَعْضُهُمْ لَا يَنْظُرُ ؟ قَالَ : إِذَا حَفِظَ فَلَيْشَ شَهِدَ . قِيلَ : كَيْفَ يَحْفَظُ ، وَهُوَ كَلَامٌ كَثِيرٌ ! قَالَ : يَحْفَظُ مَا كَانَ عَلَيْهِ الْكَلَامُ وَالْوَضْعُ . قُلْتُ : يَحْفَظُ الْمَعْنَى ؟ قَالَ : نَعَمْ . قِيلَ لَهُ : وَالْحُدُودُ وَالْثَّمَنَ وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَلَوْ أَدْرَجَ الْكِتَابَ وَخَتَمَهُ ، وَقَالَ ^(٦) : هَذَا كِتَابِي ، أَشْهَدُ ^(٧) عَلَىِّ بِمَا فِيهِ . أَوْ قَالَ ^(٨) : أَشْهَدُ تَكْمًا عَلَى نَفْسِي بِمَا فِيهِ . لَمْ يَصِحَّ هَذَا التَّحْمُلُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا اخْتَمَهُ بِخَتَمِهِ وَعُنْوَانِهِ ، جَازَ أَنْ يَتَحَمَّلَا ^(٩) الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ مُدْرَجًا ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابَ شَهِدَا عِنْدَهُ أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ هَذَا ؛ / لَأَنْهُمَا شَهِدَا بِمَا فِي الْكِتَابِ ، فَجَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَا ^(١٠) تَفْصِيلَهُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا ^(١١) بِمَا فِي هَذَا الْكِيسِ مِنَ الدَّرَاهِمِ ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا ^(١٢) ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَا قَدْرَهَا . وَلَنَا ، أَنََّّهُمَا شَهِدَا بِمَجْهُولٍ لَا يَعْلَمَانِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ شَهِدَا أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ مَالًا . وَفَارَقَ مَا ذَكَرَهُ ، فَإِنْ تَعَيَّنَتْ الدَّرَاهِمُ الَّتِي فِي الْكِيسِ أَعْنَى عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا ، وَهَهُنَا الشَّهَادَةُ عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ دُونَ الْكِتَابِ ، وَهَمَا لَا يَعْرِفَانِهِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَهُ الْقَاضِي مِنْ مَوْضِعِ وَلَايَتِهِ وَعَمَلِهِ ^(١٣) ، فَإِنْ كَتَبَهُ مِنْ غَيْرِ وَلَايَتِهِ ، لَمْ يَسُغْ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسُوغُ لَهُ فِي غَيْرِ وَلَايَتِهِ حُكْمٌ ، فَهُوَ فِيهِ

(٥) انظر : ما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في اتخاذ الخاتم ، من كتاب الخاتم . سنن أبي داود ٤٠٥/٢ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) في الأصل : « اشهدوا » .

(٨) في ب ، م : « قد » .

(٩) في الأصل : « يتحمل » .

(١٠) في ب ، م : « يعلما » .

(١١) في م زيادة : « لرجل » .

(١٢) في م : « الشهادة » .

(١٣) في م : « وحكمه » .

كالعائى . الشرط الثالث ، أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره ، لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترفع إليه خصمان في غير موضع ولايته ، لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته ، إلا أن يراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضى إذا تراضيا به ، وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا . ولو ترفع إليه خصمان ، وهو في موضع ولايته ، من غير أهل ولايته ، كان له الحكم بينهما ؛ لأن الاعتبار بموضعهما ، إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ، ويمتنع من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ؛ لأن الولاية بتوحيته ، فيكون الحكم على وفقها .

فصل : في تغيير حال القاضى : ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه ، أو حالهما معا ، فإن تغيرت حال الكاتب ، بموت أو عزل ، بعد أن كتب الكتاب ، وأشهد على نفسه ، لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله ، والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده ، أو بعده . وهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به في الحالين . وقال / أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده ، لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده ، عمل به ؛ لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة^(١٤) على الشهادة^(١٥) ، لأنه ينقل شهادة شاهدي الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب ، صار بمنزلة موت شاهدي الفرع قبل أداء شهادتهما . ولنا ، أن المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه ، كما لو لم يموت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به ، فحكمه لا ينطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت^(١٥) عنده بشهادة ، فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل ، وما ذكروه حجة عليهم ؛ لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه ، وهما حيان ، وهما شهدا الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها ، كموت شاهدي الأصل . وإن تغيرت حاله

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) في الأصل : « يثبت » .

بفسق قبل الحكم بكتايته ، لم يَجْزِ الحُكْمُ به ؛ لَأَنَّ حُكْمَهُ بَعْدَ فُسْطَقِهِ لَا يَصِحُّ ، فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِكَتَايِهِ ، وَلَأَنَّ بَقَاءَ عَدَالَةِ شَاهِدِي الْأَصْلِ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْحُكْمِ بِشَاهِدِي الْفَرْعِ ، فَكَذَلِكَ بَقَاءُ عَدَالَةِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شَاهِدِي الْأَصْلِ . وَإِنْ فَسَقَ بَعْدَ الْحُكْمِ بِكَتَايِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، كَمَا لَوْ حُكِمَ بِشَيْءٍ ثُمَّ بَانَ فَسَقُهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْقُضُ مَا مَضَى مِنْ أَحْكَامِهِ ، كَهَذَا هُنَا . وَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ بِأَيِّ حَالٍ كَانَ ؛ مِنْ مَوْتٍ ، أَوْ عَزَلٍ ، أَوْ فَسَقٍ ، فَلَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ الْكِتَابُ مِنْ قَامَ مَقَامَهُ ، قَبُولُ الْكِتَابِ ، وَالْعَمَلُ بِهِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ . حُكِيَ عَنْهُ أَنَّ قَاضِي الْكُوفَةِ كَتَبَ إِلَى إِيَّاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ قَاضِي الْبَصْرَةِ ^(١٦) كِتَابًا ، فَوَصَلَ وَقَدْ عَزَلَ ، وَوَلَّى الْحَسَنُ ، فَعَمِلَ بِهِ ^(١٧) . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْمَلُ بِهِ ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ، / وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عِنْدَ قَاضٍ ، لَمْ يَحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمَا غَيْرُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُعْوَلَ عَلَى شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ ، بِحُكْمِ الْأَوَّلِ ، أَوْ ثُبُوتِ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُ ، وَقَدْ شَهِدَا عِنْدَ الثَّانِي ، فَوَجِبَ أَنْ يَقْبَلَ كَالأَوَّلِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ شَهَادَةٌ عِنْدَ الَّذِي مَاتَ . لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ الْكَاتِبَ لَيْسَ بِفَرْعٍ ، وَلَوْ كَانَ فَرْعًا لَمْ يَقْبَلْ وَحْدَهُ ، وَإِنَّمَا الْفَرْعُ الشَّاهِدَانِ اللَّذَانِ شَهِدَا عَلَيْهِ ، وَقَدْ أَذْيَا الشَّهَادَةَ عِنْدَ الْمُتَجَدِّدِ ^(١٨) ، وَلَوْ ضَاعَ الْكِتَابُ ، فَشَهِدَا بِذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ، قَبْلَ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْاِغْتِبَارَ بِشَهَادَتِهِمَا دُونَ الْكِتَابِ ، وَقِيَاسُ مَا ذَكَرْنَاهُ ، أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَوْ حَمَلَا الْكِتَابَ إِلَى غَيْرِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، وَشَهِدَا عِنْدَهُ ، عَمِلَ بِهِ ؛ لِمَا بَيَّنَّاهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ خَلِيفَةً لِلْكَاتِبِ ، فَمَاتَ الْكَاتِبُ ، أَوْ عَزَلَ ، أَوْ انْعَزَلَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ ، فَيَنْعَزِلُ ^(١٩) بِعَزَلِهِ وَمَوْتِهِ ، كَوُكُلَايِهِ ^(٢٠) . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَنْعَزِلُ خَلِيفَتُهُ ، كَمَا لَا يَنْعَزِلُ الْقَاضِي الْأَصْلِيُّ بِمَوْتِ الْإِمَامِ ، وَلَا عَزْلُهُ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَيُفَارِقُ الْإِمَامَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يَعْقِدُ الْقَضَاءَ وَالْإِمَارَةَ لِلْمُسْلِمِينَ ،

(١٦) في م زيادة : كتب .

(١٧) الخبر في : أخبار القضاة ، لوكيع ٨/٢ .

(١٨) في الأصل : المجدد .

(١٩) في الأصل : فيعزل .

(٢٠) في ب ، م : كولاته .

فلا^(٢١) يَظَلُّ ما عَقَدَهُ لغيرِهِ ، كما لو ماتَ الوَلِيُّ في النُّكاحِ ، لم يَظَلِّ النُّكاحُ ، ولهذا ليسَ للإمام أن يَعرِزَ القاضى مِن غيرِ تَغيُّرِ حالِهِ ، ولا يَنعزِلُ إذا عَزَلَهُ ، بخلافِ نائِبِ الحاكمِ ، فَإِنَّهُ تَنعَقِدُ وِلايَتُهُ لِنَفْسِهِ نائِبًا عَنْهُ ، فَمَلَكَ عَزْلَهُ ، ولأنَّ القاضى لو انعَزَلَ بِمَوْتِ الإمامِ ، لَدَخَلَ الضَّرَرُ على المسلمين ؛ لأنَّهُ يُفَضَّى إلى عَزْلِ القُضاةِ في جميعِ بلادِ المسلمين ، وَتَعَطَّلَ الأحكامُ ، وإِذا ثَبَتَ أَنَّهُ^(٢٢) يَنعزِلُ ، فليسَ لَهُ قَبولُ الكتابِ ؛ لأنَّهُ حينئِذٍ ليسَ بقاضٍ .

١٨٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ عَنْ أَعْجَمِيٍّ حَاكِمٍ^(١) إِلَيْهِ ، إِذَا لَمْ يَعْرِفْ لِسَانَهُ ، إِلَّا مِنْ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ)

وجملته / أَنَّهُ إِذَا تَحَاكَمَ إِلَى الْقَاضِي الْعَرَبِيِّ أَعْجَمِيَّانِ ، لَا يَعْرِفُ لِسَانَهُمَا ، أَوْ أَعْجَمِيٌّ وَعَرَبِيٌّ ، فَلابُدَّ مِنْ مُتَرَجِّمٍ عَنْهُمَا . وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهذا قال الشافعي . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أَنَّهَا تُقْبَلُ مِنْ وَاحِدٍ . وهو اختيارُ أبي بكرٍ عبد العزيز ، وابنِ المُنْذِرِ ، وقولُ أبي حنيفة . وقال ابنُ المُنْذِرِ ، في حديثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَتَعَلَّمَ كِتَابَ يَهُودَ . قال : فَكُنْتُ أَكْتُبُ لَهُ إِذَا كَتَبَ إِلَيْهِمْ ، وَأَقْرَأُهُ إِذَا كَتَبُوا^(٢) . ولأنَّهُ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، فَأَجْزَأُ فِيهِ الْوَاحِدُ ، كَأَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ . ولنا ، أَنَّهُ نَقُلُ مَا خَفِيَ عَلَى الْحَاكِمِ إِلَيْهِ ، فَيَمَّا يَتَعَلَّقُ بِالْمُتَخَاصِمِينَ ، فَوَجَبَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ أَخْبَارَ الدِّيَانَاتِ ؛ فَإِنَّهَا^(٣) لَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُتَخَاصِمِينَ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، وَلأنَّ مَا لَا يَفْهَمُهُ الْحَاكِمُ وَجُودُهُ عِنْدَهُ كَعَيْنِيهِ^(٤) ، فَإِذَا تَرَجَّمَ لَهُ ، كَانَ كَنَقْلِ الْإِقْرَارِ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَجْلِسِهِ ، وَلَا يُقْبَلُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ شَاهِدَيْنِ ، كَذَا هُنَا . فعلى

(٢١) في ب ، م : « فلم » .

(٢٢) في م زيادة : « لا » .

(١) في م : « تحاكم » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ترجمة الحكام ، لمن كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٩٤/٩ .

(٣) في الأصل ، ١ : « لأنها » .

(٤) في م : « كعنده » .

هذه الرواية ، تكون الترجمة شهادة فتفتقر^(٥) إلى العدَد والعدالة ، ويُعتبرُ فيها من^(٦) الشُّروط ما يُعتبرُ في الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان ممّا يتعلّق بالحدود والقصاصي ، اعتبر فيه الحرّية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مالا^(٧) كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تُعتبر الحرّية فيه . وإن كان في حد زنى ، خرّج في الترجمة فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عُدول . والثاني ، يكفى فيه اثنان ؛ بناءً على الروايتين في الشهادة على الإقرار به^(٨) ، ويُعتبر فيه لفظ الشهادة ؛ لأنّه شهادة . وإن قلنا : يكفى فيه واحد . فلا بد من عدالته ، ولا تُقبل من كافر ولا فاسق . وتُقبل من العبد ؛ لأنّه / من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تُقبل من العبد ؛ لأنّه ليس من أهل الشهادة . ولنا ، أنّه خير يكفى فيه قول الواحد ، فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ، ولا تُسلم أنّ هذه شهادة ، ولأنّ العبد ليس من أهل الشهادة ، ولا يُعتبر فيه لفظ الشهادة ، كالرواية . وعلى هذا الأصل ينبغي أن تُقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة ؛ لأنّ روايتها مقبولة .

٤٠/١١ و

فصل : والحكم في التعريف ، والرّسالة ، والجرح والتّعديل ، كالحكم في الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها . ذكره الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطّاب . وقد ذكرنا الجرح والتّعديل فيما مضى^(٨) .

١٨٧٧ - مسألة ، قال : (وَإِذَا غَزِلَ ، فَقَالَ : كُنْتُ حَكَمْتُ فِي وَلَايَتِي لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ بِحَقِّ . قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَأَمْضَى ذَلِكَ الْحَقُّ)

وبهذا قال إسحاق . قال أبو الخطّاب : ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ . وقول القاضي في فروع هذه المسألة يقتضي أن لا يُقبل قوله ههنا ، وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنّ من لا يملك

(٥) في ا ، ب ، م : « تفتقر » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في م : « مما لا يتعلق بها » .

(٨) انظر : المسألة ١٨٦٨ ، صفحة ٤٣ ، والمسألة ١٨٦٩ صفحة ٤٧ .

الحُكْمَ ، لا يَمْلِكُ الإِقْرَارَ به ، كَمَنْ أَقَرَّ بِعَتَقِ عَبْدٍ بَعْدَ بَيْعِهِ . ثم اختلفوا ، فقال الأوزاعي ، ^(٩) « وابنُ أبي ليلى : هو بمنزلة الشاهد ، إذا كان معه شاهد آخر ، قبل . وقال أصحابُ الرأى : لا يُقبلُ إلا شاهدان سواه ، يشهدان بذلك . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعي ؛ لأنَّ شهادته على فعلِ نفسه لا تُقبلُ . ولنا ، أنَّه لو كتبَ إلى غيره ، ثم عَزَلَ ، ووصلَ الكتابَ بعد عَزَلِهِ ، لَزِمَ المكتوبُ إليه قبولُ كتابه بعد عَزَلِ كاتبه ، فكذلك ههنا . ولأنَّه أخبرَ بما حكمَ به ، وهو غيرُ مُتهمٍ ، فيجبُ قبولُهُ ، كحالِ ولَّيته .

فصل : فأما إن قال في ولَّيته : كنتُ حكمْتُ لفلانٍ بكذا . قبلُ قوله ، سواء قال : قضيتُ عليه بشاهدين عدلين . أو قال : سمعتُ بينته وعرفتُ عدا التهم . أو قال : قضيتُ ^{٤٠/١١} ظ عليه بتركه . أو قال : أقرَّ عندي فلانٌ لفلانٍ بحقٍّ ، فحكمْتُ به . وهذا قال / أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو يوسف . وحكى عن محمد بن الحسن : أنَّه لا يُقبلُ حتى يشهد معه رجلٌ عدلٌ ^(١٠) ؛ لأنَّه ^(١١) « إخبارٌ » بحقٍّ على غيره ، فلم يُقبلُ ، لأنَّه ^(١٢) « قولٌ واحدٌ ، كالشهادة . ولنا ، أنَّه يملكُ ^(١٣) الحكمَ ، فملكُ الإقرارَ به ، كالزوج إذا أخبرَ بالطلاق ، والسيد إذا أخبرَ بالعتق ، ولأنَّه لو أخبرَ أنه رأى كذا وكذا ، فحكمَ به ، قبلُ ، كذا ههنا ، وفارقَ الشهادةَ ، فإنَّ الشاهدَ لا يملكُ إثباتَ ما أخبرَ به . فأما إن قال : حكمْتُ بعلمي ، أو بالنكول ، أو بشاهدين ^(١٤) في الأموال . فإنَّه يُقبلُ أيضًا . وقال الشافعي : لا يُقبلُ قوله في القضاء بالنكول . وينبئُ قوله : حكمْتُ عليه ^(١٥) بعلمي . على القولين في جوازِ القضاء بعلمه ؛ لأنَّه لا يملكُ الحكمَ بذلك ، فلا يملكُ الإقرارَ به . ولنا ، أنَّه أخبرَ بحكمه فيما لو حكمَ به لتفدُّ حُكْمُهُ ، فوجبَ قبولُهُ ، كالصوِّر التي تقدَّمتُ ، ولأنَّه ^(١٥) « حاكمٌ » ، أخبرَ بحُكْمِهِ في ولَّيته ، فوجبَ قبولُهُ ، كالذي سلَّمه ، ولأنَّ

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) في م : « عادل » .

(١١-١١) في م : « فيه إخبارا » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في م : « يحكم » .

(١٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٥) في ب : « ولا » . وفي م : « ولأن » .

الحاكم إذا حكم في مسألة ، يسوغ فيها الاجتهاد ، لم يسغ نقض حكمه ، ولزم غيره إمضاه ، والعمل به ، فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ، ولا تسلم ما ذكره . وإن قال : حكمت لفلان على فلان بكذا . ولم يضيف حكمه إلى بيته ولا غيرها ، وجب قبوله . وهو ظاهر مسألة الخرقى ؛ فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد ، وجب قبوله ، وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

فصل : وإذا أخبر القاضى بحكمه في غير موضع ولايته ، فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول ، وخبره نافذ ؛ لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها في غير موضع ولايته أولى . وقال القاضى : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع / ١١/٤١ و قاضيان في غير ولايتهما ، كقاضى دمشق وقاضى مصر ، اجتمعا في بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده ، لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر^(١٦) بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله ؛ لأنه خبر من ليس بقاضى في موضعه . وإن كانا جميعا في عمل أحدهما ، كأنهما اجتمعا جميعا في دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبر به قاضى مصر ؛ لأنه يخبر به^(١٧) في غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر^(١٨) بما أخبر به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان ؛ بناء على القاضى ، هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ؛ لأن قاضى دمشق أخبر به في عمله . ومذهب الشافعى في هذا كقول القاضى ههنا .

فصل : إذا ولى الإمام قاضيا ، ثم مات ، لم يتعزل ؛ لأن الخلفاء ، رضى الله عنهم ، ولوا حكاما في زمنهم ، فلم يتعزلوا بموتهم ، ولأن في عزله بموت الإمام ضررا على المسلمين ، فإن البلدان تتعطل من الحكام ، وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكما ، وفيه ضرر عظيم . وكذلك لا يتعزل القاضى إذا عزل الإمام ؛ لما ذكرنا .

(١٦) في ب : « صاحبه » .

(١٧) لم يرد في : الأصل .

(١٨) سقط من : م .

فَأَمَّا إِنْ عَزَلَهُ الْإِمَامُ الَّذِي وَلَّاهُ أَوْ غَيْرَهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا : لَا يَنْعَزِلُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَهُ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَمْ يَمْلِكْ عَزْلَهُ مَعَ سَدَادِ حَالِهِ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَى مُوَلَّيَّتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ فُسْخُهُ . وَالثَّانِي ، لَهُ عَزْلُهُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا عَزْلَ لَأَبَا مَرْيَمَ^(١٩) ، وَأَوَّلَيْنِ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فِرْقَهُ^(٢٠) . فَعَزْلُهُ عَنْ قَضَاءِ الْبَصْرَةِ ، وَوَلَّى كَعْبَ بْنَ سُوْرٍ مَكَانَهُ^(٢١) . وَوَلَّى عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَبَا الْأَسْوَدِ ، ثُمَّ عَزَلَهُ ، فَقَالَ : لَمْ عَزَلْتَنِي ، وَمَا خُنْتُ ، وَلَا جَنَيْتُ ؟ فَقَالَ : إِنِّي رَأَيْتُكَ يَعْزِلُكَ كَلَامُكَ عَلَى الْخَصْمَيْنِ^(٢٢) . وَلَئِنَّهُ يَمْلِكُ عَزْلَ / أَمْرَائِهِ وَوُلايَتِهِ عَلَى الْبُلْدَانِ ، فَكَذَلِكَ قَضَايَتِهِ . وَقَدْ كَانَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يُوَلِّي وَيُعْزِلُ ، فَعَزَلَ شُرْحِبِيلَ بْنَ حَسَنَةَ عَنْ وِلايَتِهِ فِي الشَّامِ ، وَوَلَّى مُعَاوِيَةَ ، فَقَالَ لَهُ شُرْحِبِيلُ : أَمِنْ جُبْنِ عَزَلْتَنِي ، أَوْ خِيَانَةٍ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ لَا ، وَلَكِنْ أَرَدْتُ رَجُلًا أَقْوَى مِنْ رَجُلٍ . وَعَزَلَ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ ، وَوَلَّى أَبَا عُبَيْدَةَ . وَقَدْ كَانَ يُوَلِّي بَعْضَ الْوِلايَةِ الْحُكْمَ مَعَ الْإِمَارَةِ ، فَوَلَّى أَبَا مُوسَى الْبَصْرَةَ قَضَاءَهَا وَإِمَارَتَهَا . ثُمَّ كَانَ يَعْزِلُهُمْ هُوَ^(٢٣) ، وَمَنْ لَمْ يَعْزِلْهُ ، عَزَلَهُ عُثْمَانُ بَعْدَهُ إِلَّا الْقَلِيلَ مِنْهُمْ . فَعَزَلَ الْقَاضِيَ أَوَّلَى ، وَيُفَارِقُ عَزْلَهُ بِمَوْتِ مَنْ وَلَّاهُ أَوْ عَزَلَهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَهَهُنَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْزِلُ قَاضِيًا حَتَّى يُوَلَّى آخَرَ مَكَانَهُ ، وَهَذَا لَا يَنْعَزِلُ الْوَالِي بِمَوْتِ الْإِمَامِ ، وَيَنْعَزِلُ بَعَزْلَهُ . وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي عَزْلِهِ بِالْمَوْتِ أَيْضًا وَجْهَيْنِ ، وَالْأَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، مَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْقَاضِي ؛ يَفْسُقِي ، أَوْ زَوَالَ عَقْلٍ ، أَوْ مَرَضٍ يَمْنَعُهُ مِنَ الْقَضَاءِ ، أَوْ اخْتَلَّ فِيهِ بَعْضُ شُرُوطِهِ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بِذَلِكَ ، وَيَتَعَيَّنُ عَلَى الْإِمَامِ عَزْلُهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : وَلِلْإِمَامِ تَوَلِّيَةُ الْقَضَاءِ فِي بَلَدِهِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَوَلَّى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ الْقَضَاءَ^(٢٤) ، وَوَلَّى عَلِيًّا^(٢٥) وَمُعَاذًا^(٢٦) . وَقَالَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ لِابْنِ عَمَرَ : إِنَّ أَبَاكَ قَدْ كَانَ

(١٩) هُوَ إِيَّاسُ بْنُ صَبِيحٍ بْنِ مَعْرَشٍ الْحَنْفِيُّ . انْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ، لَوَكِيْعٍ ٢٦٩/١ .

(٢٠) فِرْقَهُ : خَافَهُ .

(٢١) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ١٨ .

(٢٢) انْظُرْ : لِإِرْوَاءِ الْغَلِيلِ ٢٣٤/٨ .

(٢٣) انْظُرْ لِذَلِكَ كُلِّهِ : تَارِيخُ الطَّبَرِيِّ ٦٤/٤ - ٦٩ .

(٢٤) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ وَكِيْعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ١٠٥/١ .

(٢٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ٦ .

(٢٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٥/٤ ، ٢٧٥/١ .

يَقْضِي وَهُوَ خَيْرٌ مِنْكَ . قَالَ : إِنَّ أَيْ قَدْ كَانَ يَقْضِي ، وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، سَأَلَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ ^(٢٧) . رَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، فِي كِتَابِ « قُضَاةِ الْبَصْرَةِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ . قَالَ : جَاءَ حَصْمَانُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ لِي : « يَا عَمْرُو ، أَقْضِي بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « إِنْ أَصَبْتَ الْقَضَاءَ بَيْنَهُمَا ، فَلَكَ عَشْرُ حَسَنَاتٍ ، / وَإِنْ أَخْطَأْتَ ، فَلَكَ حَسَنَةٌ » ^(٢٨) . وَعَنْ عَقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ مِثْلَهُ ^(٢٩) . وَلَئِنْ الْإِمَامَ يَشْتَغِلُ بِأَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ مِنْ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَا يَتَفَرَّغُ لِلْقَضَاءِ بَيْنَهُمْ . فَإِذَا وَلَّى قَاضِيًا ، اسْتَحَبَّ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَخْتَارُ إِلَى ذَلِكَ ، فَإِذَا أِذِنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ ، جَازَ لَهُ بِلا خِلَافٍ تَعْلَمُهُ ، وَإِنْ نَهَا عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ بِإِذْنِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَانِعَاهُ عَنْهُ ، كَالْوَكِيلِ ، وَإِنْ أَطْلُقَ ، فَلَهُ الِاسْتِخْلَافُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ^(٣٠) ، كَالْوَكِيلِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا وَجْهَانِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، أَنَّ الْغَرَضَ مِنَ الْقَضَاءِ الْفَصْلُ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ ، جَازَ ، كَمَا لَوْ أِذِنَ لَهُ ، وَيُفَارِقُ التَّوَكِيلَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يُؤَلَّى الْقَضَاءَ لِلْمُسْلِمِينَ ، لَا لِنَفْسِهِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ^(٣١) ، فَإِنْ اسْتَخْلَفَ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ لَهُ الِاسْتِخْلَافُ ، فَحُكْمُهُ حَكْمُ مَنْ لَمْ يُؤَلَّ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يُؤَلَّى قَاضِيًا عُمُومَ النَّظَرِ فِي خُصُوصِ الْعَمَلِ ، فَيُقْلَدُهُ النَّظَرُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ فِي بِلَدٍ بَعَيْنِهِ ، فَيَنْفُذُ حُكْمَهُ فِي مَنْ سَكَنَهُ ، وَمَنْ أَتَى إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سُكَّانِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَقْلَدَهُ خُصُوصَ النَّظَرِ فِي عُمُومِ الْعَمَلِ ، فَيَقُولُ : قَدْ ^(٣٢) جَعَلْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ فِي الْمُدَايِنَاتِ خَاصَّةً ، فِي جَمِيعِ وَلَايَتِي . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ حُكْمَهُ فِي قَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ :

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٨ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٤ ، والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٨٨/٤ . والدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٣/٤ .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٦ .

(٣٠) أي : الإمام .

(٣١) في ب ، م : « التوكيل » .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

أَحْكُمَ فِي الْمَائَةِ فَمَا دُونَهَا . فَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ فِي أَكْثَرِ مَنِهَا . وَبِجُوزِ أَنْ يُؤَلِّيَهُ عُمُومَ النَّظَرِ فِي عُمُومِ الْعَمَلِ ، وَخُصُوصَ النَّظَرِ فِي خُصُوصِ الْعَمَلِ . وَبِجُوزِ أَنْ يُؤَلِّيَ قَاضِيَيْنِ وَثَلَاثَةً فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ ، يَجْعَلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَمَلًا ، فَيُؤَلِّيَ أَحَدَهُمْ عَقُودَ الْأَنْكِحَةِ ، وَالْآخَرَ الْحُكْمَ فِي الْمُدَايِنَاتِ ، وَالْآخَرَ النَّظَرَ فِي الْعَقَارَاتِ^(٣٣) . وَبِجُوزِ أَنْ يُؤَلِّيَ كُلَّ / وَاحِدٍ مِنْهُمْ عُمُومَ النَّظَرِ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ نَوَاحِي الْبَلَدِ ، فَإِنْ قَلَدَ قَاضِيَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ عَمَلًا وَاحِدًا ، فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى إِقْفَافِ الْحُكْمِ وَالْخُصُومَاتِ ، لِأَنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْاجْتِهَادِ ، وَيَرَى أَحَدُهُمَا مَا لَا يَرَى الْآخَرُ . وَالْآخَرُ ، يَجُوزُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ فِي الْبَلَدَةِ الَّتِي هُوَ فِيهَا ، فَيَكُونُ فِيهَا قَاضِيَانِ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ فِيهَا قَاضِيَانِ أَصْلِيَانِ ، وَلِأَنَّ الْغَرَضَ فَصْلُ الْخُصُومَاتِ ، وَإِصَالُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ ، فَأَشْبَهَ الْقَاضِيَّ وَخُلَفَاءَهُ^(٣٤) . وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ خَلِيفَتَيْنِ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَإِلَامَامُ أَوَّلِي ، لِأَنَّ تَوَلِيَّتَهُ أَقْوَى . وَقَوْلُهُمْ : يُفْضَى إِلَى إِقْفَافِ الْأَحْكَامِ^(٣٥) . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ كُلَّ حَاكِمٍ يَحْكُمُ بِاجْتِهَادِهِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ إِلَيْهِ ، وَلَيْسَ لِلْآخَرِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ، وَلَا نَقْضُ حُكْمِهِ فِيمَا خَالَفَ اجْتِهَادَهُ .

فصل : وَإِذَا قَالَ الْإِمَامُ : مَنْ نَظَرَ فِي الْحُكْمِ مِنْ فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، فَقَدْ وَلِّيْتُهُ . لَمْ تَنْعَقِدِ الْوَلَايَةَ لِمَنْ نَظَرَ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهَا عَلَى شَرْطٍ ، وَلَمْ يَعْينِ بِالْوَلَايَةِ أَحَدًا مِنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَنْعَقِدَ الْوَلَايَةُ لِمَنْ نَظَرَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ »^(٣٦) . فَعَلَّقَ وَلَايَةَ الْإِمَارَةِ عَلَى شَرْطٍ ، فَكَذَلِكَ وَلَايَةُ الْحُكْمِ . وَإِنْ قَالَ : وَلِّيْتُ فُلَانًا وَفُلَانًا ، فَأَيُّهُمَا نَظَرَ فَهُوَ خَلِيفَتِي . انْعَقَدَتِ الْوَلَايَةُ لِمَنْ نَظَرَ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ الْوَلَايَةَ لِهَمَا جَمِيعًا .

(٣٣) فِي ب ، م : « الْعَقَار » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٥) فِي ب ، م : « الْحُكُومَات » .

(٣٦) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٢٠٤ / ٧ .

فصل : ولا يجوز أن يُقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه . وهذا مذهب الشافعي . ولم^(٣٧) أعلم فيه خلافا ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٣٨) . / والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط ، بطل الشرط . وفي فساد التولية وجهان ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

فصل : وإن فوض الإمام إلى إنسان تولية القضاء جاز ؛ لأنه يجوز أن يتولى ذلك ، فجاز له التوكيل فيه ، كالبيع . وإن فوض إليه اختيار قاضي ، جاز ، ولا يجوز له اختيار نفسه ، ولا والده ، ولا ولده ، كالموكله في الصدقة بمال ، لم يجز له أخذه ، ولا دفعه إلى هذين . ويحتمل أن^(٣٩) يجوز له اختيارهما ، إذا كانا صالحين للتولية ؛ لأنهما يذخلان في عموم من أذن له في الاختيار منه ، مع أهليتهما ، فأشبهها الأجانب .

فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرّضت له حكومة مع بعض الناس ، جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه ، أو بعض رعيته ؛ فإن عمر حاكم أيباً إلى زيد^(٤٠) ، وحاكم رجلاً عراقياً إلى شريح^(٤١) ، وحاكم على اليهودي إلى شريح^(٤٢) ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير بن مطعم^(٤٣) ، وإن عرّضت حكومة لوالديه ، أو ولده ، أو من لا تقبل شهادته له^(٤٤) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم^(٤٥) ، لم ينفذ حكمه . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنه لا تقبل شهادته له ، فلم ينفذ حكمه له بنفسه . والثاني ، ينفذ حكمه . اختاره أبو بكر ، وهو قول أبي يوسف ، وابن المنذر ، وأبي ثور ؛ لأنه حكم لغيره ، أشبه الأجانب . وعلى القول

(٣٧) في م : لا .

(٣٨) سورة ص ٢٦ .

(٣٩) في ب ، م : أنه .

(٤٠) تقدم التخریج ، في صفحة ٣٩ .

(٤١) لم نجده ، وانظر الإرواء ٢٣٩/٨ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م زيادة : له .

الأول، متى عَرَضَتْ لهؤلاء حُكُومَةٌ ، حَكَمَ بَيْنَهُم الإمام ، أو حَاكَمَ آخَرُ ، أو بعضُ خُلَفَائِهِ ، فإن كَانَتِ الحُكُومَةُ بَيْنَ والديه ، أو وَلَدَيْهِ ، أو والده وولده ، لم يُجْزَ له الحكمُ ٤٣/١١ ط بينهما ، على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شهادته لأحدهما على الآخر ، فلم يُجْزَ / الحكمُ بينهما ، كما لو كان حَصَمُهُ أَجْنَبِيًّا . وفي الآخر ، يجوزُ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا^(٤٤) سواءٌ عنده ، فَارْتَفَعَتْ تَهْمَةُ الْمَيْلِ ، فَأُشْبِهَا الْأَجْنَبِيَّينِ .

فصل : وإذا تَحَاكَمَ رجلان إلى رجل حَكَمَاهُ بينهما وَرَضِيَاهُ ، وكان مِمَّنْ يَصْلُحُ للقضاء ، فَحَكَمَ بينهما ، جاز ذلك ، وَنَفَذَ حُكْمُهُ عليهما . وهذا قال أبو حنيفة . وللشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لا يَلْزَمُهُما حُكْمُهُ إِلَّا بِتَراضِييهما ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ بِالرَّضَا بِهِ ، ولا يكون الرُّضَى إِلَّا بَعْدَ الْمَعْرِفَةِ بِحُكْمِهِ . ولنا ، ما رَوَى أبو شُرَيْجٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال له : « إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ ، فَلِمَ تُكْنَى أبا الْحَكَمِ ؟ » قال : « إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي ، فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ ، فَرَضِي^(٤٥) عَلَى الْفَرِيقَانِ . قال : « مَا أَحْسَنَ هَذَا ، فَمَنْ أَكْبَرُ وَلَدِكَ ؟ » قال : شُرَيْجٌ . قال : « فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْجٍ » . أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ^(٤٦) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ^(٤٧) قال : « مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَضِيًّا بِهِ ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ مُلْعُونٌ »^(٤٨) . وَلَوْلَا أَنَّ حُكْمَهُ يَلْزَمُهُمَا ، لَمَا لَحِقَهُ هَذَا الذَّمُّ^(٤٩) ، وَلَأنَّ عُمَرَ وَابْنًا تَحَاكَمَا إِلَى زَيْدٍ ، وَحَاكَمَ عُمَرُ أَعْرَابِيًّا إِلَى شُرَيْجٍ قَبْلَ أَنْ يُؤَلِّيَهُ ، وَتَحَاكَمَ عُثْمَانُ وَطَلْحَةُ إِلَى جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ ، وَلَمْ يَكُونُوا قَضَاءً . فَإِنْ قِيلَ : فَعُمَرُ وَعُثْمَانُ كَانَا إِمَامَيْنِ ، فَإِذَا رَدَّا الْحُكْمَ إِلَى رَجُلٍ صَارَ قَاضِيًّا . قُلْنَا : لَمْ يُثْقَلْ عَنْهُمَا إِلَّا الرُّضَى بِتَحْكِيمِهِ خَاصَّةً ، وَبِهَذَا لَا يَصِيرُ قَاضِيًّا ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا رَضِيَ بِتَصَرُّفٍ وَكَيْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ قَبْلَ الْمَعْرِفَةِ بِهِ .

(٤٤) في ب ، م : « لأنها » .

(٤٥) في م : « ورضى » .

(٤٦) في : باب إذا حكموا رجلا ف قضى بينهم ، من كتاب الأدب . المجتبى ٥٨٥/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تغيير الاسم القبيح ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٥/٢ .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) انظر : تلخيص الحبير ١٨٥/٤ ، حيث ذكر ابن حجر ، أن ابن الجوزي ذكره في التحقيق .

(٤٩) في ب : « اللوم » .

إذا ثبتَ هذا، فإنه لا يجوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ فيما لا يُنْقَضُ به حُكْمٌ من له ولايةٌ. وبهذا قال الشَّافِعِيُّ. وقال أبو حنيفة: للحاكم نَقْضُهُ إذا خالفَ رأيه؛ لأنَّ هذا عقدٌ في حقِّ الحاكم، فملكٌ فسُخِّه، كالعقدِ / الموقوفِ في حقِّه. ولنا، أنَّ هذا حُكْمٌ صحيحٌ لازمٌ، فلم يَجْزُ فَسْخُوه لمُخَالَفَتِهِ^(٥٠) رأيه، كحُكْمٍ من له ولايةٌ، وما ذكروه غيرُ صحيحٍ، فإنَّ حُكْمَهُ لازمٌ لِلْخَصْمَيْنِ، فكيف يكونُ مَوْقُوفًا؟ ولو كان كذلك، لملكٌ فسُخِّه وإن لم يُخالفَ رأيه، ولا نسلَمُ الوقوفُ في العقودِ. إذا ثبتَ هذا، فإنَّ لكلَّ واحدٍ من الخصمين الرجوعَ عن تحكيمه قبلَ شُرُوعِهِ في الحُكْمِ؛ لأنَّه لا يثبتُ إلَّا بِرِضَاهُ، فأشبهه ما لورجِعَ عن التوكيلِ قبلَ التَّصَرُّفِ. وإن رجعَ بعدَ شُرُوعِهِ، ففيه وجهان؛ أحدهما، له ذلك؛ لأنَّ الحُكْمَ لم يَتِمَّ، أشبهه قبلَ الشُّروعِ. والثاني، ليس له ذلك؛ لأنَّه يودى إلى أنَّ كلَّ واحدٍ منهما إذا رأى من الحُكْمِ ما لا يوافقُه، رَجَعَ، فَيَبْطُلُ^(٥١) المقصودُ به.

فصل: قال القاضي: وينفَذُ حُكْمٌ من حُكْمَاهُ في جميع الأحكامِ إلَّا أربعةَ أشياءَ؛ النِّكاحَ، واللُّعَانَ، والقَدْفَ، والقصاصَ؛ لأنَّ لهذه الأحكامَ مَزِيَّةً على غيرها؛ فاختصَّ الإمامُ بالنظرِ فيها، ونائبه يقومُ مقامه. وقال أبو الحُطَّاب: ظاهرُ كلامِ أحمد، أنَّه ينفذُ حكمه فيها. ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ وجهان، كهذين. وإذا كتبَ هذا القاضي بما حَكَمَ به كتابًا إلى قاضٍ من قضاةِ المسلمين، لزمه قبولُه، وتنفيذُ كتابه؛ لأنَّه حاكمٌ نافذُ الأحكامِ، فلزمَ قبولُ كتابه، كحاكمِ الإمامِ.

١٨٧٨ - مسألة؛ قال: (وَيَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ، إِذَا صَحَّ الْحَقُّ عَلَيْهِ)

وجملته أنَّ مَنْ ادَّعى حقًّا على غائبٍ في بلدٍ آخرَ، وطلبَ من الحاكمِ سماعَ البيِّنةِ، والحُكْمَ بها عليه، فعلى الحاكمِ إجابته، إذا كَمَلَتِ الشَّرَاطُ. وبهذا قال شَيْبَةُ، ومالكٌ، والأوزاعيُّ، والليثُ، وسوّارٌ، وأبو عُبَيْدٍ، وإسحاقُ، وابنُ المُنْذِرِ. وكان

(٥٠) في الأصل: «مخالفة».

(٥١) في م: «يبطل».

٤٤/١١ ظ شُرَيْحٌ / لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد مثله . وبه قال ابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه . ورؤي ذلك عن القاسم ، والشعبي ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر ، من وكيل^(١) أو شفيع ، جاز الحكم عليه . واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ ، أنه قال لعلي : « إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ ، فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخرِ ، فَإِنَّكَ تَذَرِي بِمَا تَقْضِي » . قال الترمذي^(٢) : هذا حديث حسن^(٣) . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده ، فلم يجز ، كما لو كان الآخر في البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البيّنة ، ويقدر فيها ، فلم يجز الحكم عليه . ولنا ، أن هندا قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ؟ قال : « تُحْدِثِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » . متفق عليه^(٤) ، فقضى عليه^(٥) لها ، ولم يكن حاضرا ، ولأن هذا له بيّنة مسموعة عادلة ، فجاز الحكم بها . كما لو كان الخصم حاضرا ، وقد وافقنا أبو حنيفة في سماع البيّنة ، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى إذا كان حاضرا ، يُقدّم عليه إذا كان غائبا ، كسماع البيّنة . وأما حديثهم ، فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان ، لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين ، ويُفارق الحاضر الغائب ، فإن البيّنة لا تُسمع على حاضر إلا بحضوره ، والغائب بخلافه . وقد ناقض أبو حنيفة أصله ، فقال : إذا جاء امرأة فادّعت أن لها زوجا غائبا ، وله مال في يد رجل ، وتحتاج إلى التفقة ، فاعترف لها بذلك ، فإن الحاكم يقضى عليه بالتفقة ، ولو ادّعى رجل على حاضر ، أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة ، وأقام بيّنة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة ، ولو مات المدعى عليه ، فحضر بعض ورثته ، أو حضر / وكيل الغائب ، وأقام المدعى بيّنة بذلك ، حكم له بما ادّعاه . إذا ثبت هذا ، فإنه إن قدم الغائب

(١) في الأصل : « وكيله » .

(٢) في : باب ما جاء في القاضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٧٢/٦ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٤٣/١ ، ١٥٠ . والبيهقي ، في : باب ما يقول القاضي إذا جلس الخصمان بين

يديه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٧/١٠ .

(٣) في الأصل ، م زيادة : « صحيح » . وليس في الترمذي .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٤٨/١١ .

(٥) سقط من : م .

قَبْلَ الْحُكْمِ ، وَقَفَ الْحُكْمُ عَلَى حُضُورِهِ ، فَإِنْ جَرَّحَ ^(٦) الشَّهُودَ ، لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَنْظَرَ الْحَاكِمُ ، أَجَلَهُ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَرَّحَهُمْ ، وَإِلَّا حَكَمَ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْقَضَاءُ أَوْ الْإِبْرَاءَ ، فَكَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ ^(٧) بَرِيٌّ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُدَّعَى ، وَحَكَمَ لَهُ ، وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَجَرَّحَ الشَّهُودَ بِأَمْرِ كَانَ قَبْلَ الشَّهَادَةِ ، بَطَلَ الْحُكْمُ ، وَإِنْ جَرَّحَهُمْ بِأَمْرٍ بَعْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ أَوْ مُطْلَقًا ، لَمْ يَبْطُلِ الْحُكْمُ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَلَا يَفْدَحُ فِيهِ . وَإِنْ طَلَبَ التَّأْجِيلَ ، أَجَلَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَرَّحَهُمْ ، وَإِلَّا نَفَذَ الْحُكْمَ . وَإِنْ ادَّعَى الْقَضَاءُ ، أَوْ الْإِبْرَاءَ ، فَكَانَتْ لَهُ بِهِ بَيِّنَةٌ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْآخَرُ ، وَنَفَذَ الْحُكْمَ .

فصل : لَا يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا فِي حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ ، فَأَمَّا فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ وَالْإِسْقَاطِ ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى غَائِبٍ بِسَرِقَةٍ مَالٍ ، حُكِمَ بِالْمَالِ دُونَ الْقَطْعِ .

فصل : وَإِذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى غَائِبٍ ، أَوْ غَيْرِ مُكَلِّفٍ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُدَّعَى مَعَ بَيِّنَتِهِ ، فِي أَشْهُرِ الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٨) . وَلِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، فَلَمْ تَجِبِ الْيَمِينُ مَعَهَا ، كَالْوُكُوفِ عَلَى حَاضِرٍ . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحْلَفُ مَعَهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتَوْفَى مَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ مَلَكَهُ الْعَيْنُ الَّتِي قَامَتْ بِهَا الْبَيِّنَةُ ، وَلَوْ كَانَ حَاضِرًا فَادَّعَى ذَلِكَ ، لَوَجِبَتِ الْيَمِينُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ لَعَيَّبَتْهُ ، أَوْ عَدِمَ تَكْلِيفَهُ ، يَجِبُ أَنْ يَقُومَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِيمَا يُمَكِّنُ دَعْوَاهُ ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ مَأْمُورٌ بِالْإِحْتِيَاظِ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْغَائِبِ ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا / مِنَ الْإِحْتِيَاظِ .

٥/١١ ظ

فصل : ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ^(٩) ، أَنَّهُ إِذَا قُضِيَ عَلَى الْغَائِبِ بَعَيْنٍ ، سُلِّمَتْ إِلَى

(٦) فِي ب ، م : « خَرَجَ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٥٨٧/٦ ، وَانْظُرْ : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .

(٩) فِي ب : « أَحْمَد » .

المدعى ، وإن قضى عليه بدني ، ووجد له مال ، وفى منه ؛ فإنه قال ، فى رواية حرب ، فى رجل أقام بيئة أن له سهما من ضيعة فى أيدي قوم ، فتواروا عنه : يُقسَم عليهم ، شهدوا أو غابوا ، ويُدفع إلى هذا حقه . ولأنه ^(١١) ثبت ^(١٢) حقه بالبيئة ، فُسَلِّم إليه ، كما لو كان خصمه حاضرا . ويحتمل أن لا يُدفع إليه شيء حتى يُقيم كفيلًا أنه متى حضر خصمه ، وأبطل دعواه ، فعليه ضمان ما أخذه ، لئلا يأخذ المدعى ما حُكِمَ له به ، ثم يأتى خصمه ، فيبطل حُجَّتَه ، أو يُقيم بيئة بالقضاء والإبراء ، أو تملك العين ^(١٣) التى قامت بها البيئة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته ، فيضيع مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأول ؛ فإنه قال فى رجل عنده دابة مسروقة ، فقال : هى عندى ودیعة : إذا أقيمت البيئة أنْهاله ، تُدفع إلى الذى أقام البيئة ، حتى يجىء صاحب الوديعة ^(١٤) فيثبت .

فصل : فأما الحاضر فى البلد ، أو قريب منه ، إذا لم يُمتنع من الحضور ، فلا يُقضى عليه قبل حضوره . فى قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب الشافعى ، فى وجه لهم : إنَّه يُقضى عليه فى غيبته ؛ لأنه غائب ، أشبه الغائب عن البلد . ولنا ، أنه أمكن سؤاله ، فلم يَجْزِ الحُكْمُ عليه قبل سؤاله ، كحاضر مجلس الحاكم ، ويفارق الغائب البعيد ؛ فإنه لا يُمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور ، أو توارى ، فظاهر كلام أحمد ، جواز القضاء عليه ؛ لما ذكرنا عنه فى رواية حرب . وروى عنه أبو طالب ، فى رجل وجد غلامه عند رجل ، فأقام البيئة أنه غلامه ، فقال الذى عنده الغلام : أودعنى هذا رجل . فقال أحمد : أهل المدينة يقضون ^(١٥) على الغائب ، يقولون : إنَّه لهذا الذى أقام البيئة . وهو مذهب حسن ، وأهل البصرة يقضون ^(١٦) على غائب ، يُسمونه الإغذار . وهو إذا ادعى على رجل ألفا ، وأقام البيئة ، فاخْتَفَى المدعى عليه ، يُرْسَل إلى بابه ، فينادى الرسول ثلاثا ، فإن جاء ، وإلا قد أعذر وإليه . فهذا يقوى قول أهل المدينة ، وهو معنى حسن . وقد ذكر

و ٤٦/١١

(١٠) سقطت الواو من : ب ، م .

(١١) فى ب ، م : : يثبت .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) فى الأصل : : البينة .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر .

الشَّريْفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخطَّابِ ، أَنَّهُ يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ الْمُتَمَتِّعِ . وَهُوَ مَذْهَبُ ^(١٥) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حُضُورُهُ وَسُؤَالُهُ ، فَجَازَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ ، كَالْغَائِبِ الْبَعِيدِ ، بَلْ هَذَا أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْبَعِيدَ مَعْدُورٌ ، وَهَذَا لَا عُذْرَ لَهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ شَيْئًا مِنْ هَذَا .

١٨٧٩ - مسألة ^(١) ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَتَاهُ شَرِيكَانِ فِي رَبْعٍ أَوْ نَحْوِهِ ، فَسَأَلَاهُ أَنْ يُقْسِمَهُ ^(٢) بَيْنَهُمَا ، فَسَمَهُ ^(٣) ، وَاثْبَتَ فِي الْقَضِيَّةِ بِذَلِكَ ، أَنَّ قِسْمَهُ إِيَّاهُ بَيْنَهُمَا كَانَ عَنْ إِقْرَارِهِمَا ، لَا عَنْ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ لَهُمَا بِمِلْكِهِمَا)

الأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَبَيَّنُّهُمْ أَنْ أَلْمَاءَ قِسْمَةٍ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرِيفٍ مُتَحَضِّرٌ ﴾ ^(٤) وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى ﴾ ^(٥) الْآيَةُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » ^(٦) . وَقَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْرٌ عَلَى ثَمَانِيَةِ عَشَرَ سَهْمًا ^(٧) ، وَكَانَ يُقْسِمُ الْغَنَائِمَ ^(٨) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى الْقِسْمَةِ ؛ لِيَتِمَّ كُنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ مِنْ ^(٩) التَّنَصُّفِ عَلَى إِثَارِهِ ، وَيَتَخَلَّصَ مِنْ سُوءِ الْمُشَارَكَةِ وَكَثْرَةِ الْأَيْدِي . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، ^(١٠) فَإِنَّ الشَّرِيكََيْنِ فِي أَيِّ شَيْءٍ ^(١١) كَانَ ، رِبْعًا أَوْ غَيْرَهُ - وَالرَّبْعُ : هُوَ الْعَقَارُ مِنَ الدُّورِ

(١٥) فِي م : لَا قَوْلَ .

(١) قَبْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي م زِيَادَةٌ : « كِتَابُ الْقِسْمَةِ » . ثُمَّ يَرِدُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ شَرْحِ الْمَسْأَلَةِ : « الْأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ ... » ، إِلَى آخِرِ قَوْلِهِ : « وَكَثْرَةُ الْأَيْدِي » . ثُمَّ تَأْتِي مَسْأَلَةٌ مُخْتَصِرِ الْخَرْقِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ب : « يُقْسِمُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « قَسَمَهَا » . وَفِي ب : « فَقَسَمَهَا » .

(٤) سُورَةُ الْقَمَرِ ٢٨ .

(٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ٨ .

(٦) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٤٣٥/٧ .

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ أَسْهَمَ لَهُ سَهْمًا ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٦٩/٢ ، ٧٠ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢٠/٣ .

(٨) انْظُرْ : مَا تَقْدَمُ فِي : ١٨٩/٤ ، ١٩٠ ، ٣١٨/٩ ، ٤٦/١٣ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(١٠-١١) فِي الْأَصْلِ : « فِي شَيْءٍ » .

ونحوها - إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه^(١١) بينهما ، أجابهما إليه ، وإن لم يثبت عنده^(١٢) ملكهما . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث ، لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ؛ لأن / الميراث باق على حكم ملك الميت ، فلا يقسمه^(١٣) احتياطاً للميت ، وأما ما عدا العقار يقسمه^(١٤) ، وإن كان ميراثاً ؛ لأنه يورث ويهلك ، وقسمته تحفظه ، وكذلك العقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي ، أنه لا يقسم ، عقاراً كان أو غيره ، ما لم يثبت ملكهما ؛ لأن قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله^(١٥) أن يجعله حكماً لهم ، ولعله يكون لغيرهم . ولنا ، أن اليد تدل على الملك ، ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم ، وأتاهبه^(١٦) ، واستجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا أثبت^(١٧) في القضية أني قسمته بينهم بإقرارهم ، لا عن بينة شهدت لهم بملكهم ، وكل ذي حجة على حجه . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن الظاهر ملكهم ، ولا حق للميت فيه ، إلا أن يظهر عليه دين ، وما ظهر ، والأصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به في غير العقار ، وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

فصل : وتجوز قسمة المكيلات والموزونات ، من المطعومات وغيرها ؛ لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها ، يدل على جواز قسمة ما لا يختلف بطريق التنبيه^(١٨) . وسواء في ذلك الحبوب ، والثمار ، والتور ، والأشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوها^(١٩) من الجامدات ، والعصير ، والحل ، واللبن ، والعسل ، والسمن ، والدبس ، والزيت ،

(١١) في الأصل : « يقسم » .

(١٢) في النسخ : « عنه » .

(١٣-١٤) في ب : « وما عدا العقار قسمه » .

(١٥) في الأصل : « سنهنا » . وفي ب : « سنهنا » . وفي الشرح الكبير ٢١٧/٦ : « سهل » .

(١٦) في الأصل ، ١ : « وإياه » .

(١٧) في الأصل ، ١ : « ثبت » .

(١٨) في الأصل ، ١ : « البينة » .

(١٩) في الأصل ، ب : « ونحوها » .

وَالرُّبُّ وَنَحْوُهَا^(١٩) مِنَ الْمَائِعَاتِ ، وَسَوَاءٌ قُلْنَا : إِنَّ الْقِسْمَةَ بَيْعٌ أَوْ^(٢٠) إِفْرَازٌ حَقٌّ^(٢١) ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ ، وَإِفْرَازُهُ^(٢٢) جَائِزٌ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا أَنْوَاعٌ ، كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ ، وَتَمْرٍ وَزَيْبٍ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهَا كُلَّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّتِهِ ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ ، وَإِنْ طَلَبَ قِسْمَهَا^(٢٣) أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ ، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ ؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ نَوْعٍ بِنَوْعٍ آخَرَ ، وَلَيْسَ بِقِسْمَةٍ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كغَيْرِ الشَّرِيكِ . فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَيْهِ ، جَازَ . وَكَانَ بَيْعًا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ ، فِيمَا يُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِيهِ ، وَسَائِرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا ثِيَابٌ ، أَوْ حَيَوَانٌ ، أَوْ أَوَانٌ ، أَوْ خَشَبٌ ، أَوْ عُمْدٌ ، أَوْ أَحْجَارٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَسَمَ الْغَنَائِمَ يَوْمَ بَدْرٍ ،^(٢٤) وَيَوْمَ حُنَيْنٍ^(٢٥) ، وَيَوْمَ خَيْبَرَ ، وَهِيَ تَشْتَمِلُ عَلَى أَجْناسٍ مِنَ الْمَالِ ، وَسَوَاءٌ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَةِ كُلِّ جِنْسٍ بَيْنَهُمَا ، أَوْ عَلَى قِسْمَتِهَا أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّتِهِ ، وَطَلَبَ الْآخَرُ قِسْمَتَهُ أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ طَلَبَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّتِهِ ، إِذَا أُمُكِّنَ . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، وَأَبَى الْآخَرُ ، وَكَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ إِلَّا بِأَخْذِ عَوَضٍ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، أَوْ قَطْعِ ثَوْبٍ فِي قَطْعِهِ نَقْصٌ ، أَوْ كَسْرٍ إِنْاءٍ^(٢٦) ، أَوْ رَدِّ عَوَضٍ ، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ .^(٢٧) وَإِنْ أُمُكِّنَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّتِهِ ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، وَلَا رَدِّ عَوَضٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ^(٢٨) . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ،^(٢٩) وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ^(٣٠) : لَا أَعْرِفُ فِي هَذَا عَنِ إِمَامِنَا رَوَايَةً ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ خَيْرَانَ^(٣١) ، مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا يُقْسَمُ أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « وَنَحْوُهَا » .

(٢٠-٢١) فِي الْأَصْلِ : « إِفْرَارٌ بِحَقِّ » . وَيَأْتِي فِي الْفَصْلِ التَّالِي .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « وَإِقْرَارُهُ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « قِسْمَتِهَا » .

(٢٤-٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٧-٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٢٩-٣٠) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ » .

(٣١) هُوَ أَبُو عَلِيٍّ الْحُسَيْنُ بْنُ صَالِحِ بْنِ خَيْرَانَ ، أَحَدُ أَرْكَانِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَكَانَ إِمَامًا زَاهِدًا وَرِعًا ، تَوَفَّى سَنَةَ عَشْرِينَ

وَثَلَاثُمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَةِ الْكُبْرَى ٣/ ٢٧١-٢٧٤ .

المُتَنَعِ عليه ، كما لا يُجَبَّرُ على قِسْمَةِ الدُّورِ ، بأن يأخذَ هذا داراً وهذا داراً وهذا داراً ،
 وكالجنسَيْنِ المُخْتَلِفَيْنِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ كَالدَّارِ الْوَاحِدَةِ ، وليس
 اخْتِلَافُ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ فِي الْقِيَمَةِ بِأَكْثَرَ مِنْ اخْتِلَافِ قِيَمَةِ الدَّارِ الْكَبِيرَةِ وَالْقَرْيَةِ الْعَظِيمَةِ ،
 فَإِنَّ أَرْضَ الْقَرْيَةِ تَخْتَلِفُ ، سَيِّمًا^(٢٨) إِذَا كَانَتْ ذَاتَ أَشْجَارٍ مُخْتَلِفَةٍ ، وَأَرْضُ مُتَنَوِّعَةٍ ،
 والدَّارُ ذَاتُ ثُيُوبٍ وَاسِعَةٍ وَضِيقَةٍ ، وَحَدِيثَةٍ وَقَدِيمَةٍ ، ثُمَّ هَذَا الْاِخْتِلَافُ لَمْ يَمْنَعْ الْإِجْبَارَ عَلَى
 الْقِسْمَةِ ، كَذَلِكَ الْجِنْسُ الْوَاحِدُ ، وَفَارَقَ / الدُّورَ ؛ فَإِنَّهُ أَمَكَنَ قِسْمَةَ كُلِّ دَارٍ عَلَى
 حَدَّتِهَا ، وَهُنَا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ كُلِّ ثُوبٍ مِنْهَا أَوْ إِنَاءٍ عَلَى حَدَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَتِ الثِّيَابُ
 أَنْوَاعًا ؛ كَالْحَرِيرِ ، وَالْقَطَنِ ، وَالْكَتَّانِ ، فَهِيَ كَالْأَجْنَاسِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَمْوَالِ . وَالْحَيَوَانَ
 كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ ، وَيُقَسَّمُ النَّوْعُ الْوَاحِدُ مِنْهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ .
 وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُقَسَّمُ الرِّقِيُّ قِسْمَةَ إِجْبَارٍ ؛ لِأَنَّهُ تَخْتَلِفُ مَنَافِعُهُ ، وَيُقَصَّدُ مِنْهُ الْعَقْلُ
 وَالذِّينُ وَالْفِطْنَةُ ، وَذَلِكَ لَا يَقَعُ فِيهِ التَّعْدِيلُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَزَأَ الْعَبِيدَ الَّذِينَ أُعْتَقَهُمُ
 الْأَنْصَارِيُّ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ^(٢٩) . وَلِأَنَّهُ نَوْعُ حَيَوَانَ يَدْخُلُهُ التَّقْوِيمُ ، فَجَازَتْ
 قِسْمَتُهُ ، كَسَائِرِ الْحَيَوَانَ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(٣٠) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجْمَعُ ذَلِكَ ، وَتُعَدُّهُ
 كَسَائِرِ الْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ .

فصل : وَالْقِسْمَةُ إِفْرَازُ^(٣١) حَقٌّ ، وَتَمْيِيزُ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ عَنِ^(٣٢) الْآخَرِ ، وَلَيْسَتْ
بَيْعًا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : هِيَ بَيْعٌ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ
بَطَّةَ ؛ لِأَنَّهُ يُبَدِّلُ نَصِيبَهُ مِنْ أَحَدِ السَّهْمَيْنِ بِنَصِيبِ صَاحِبِهِ مِنَ السَّهْمِ الْآخَرِ ، وَهَذَا حَقِيقَةُ
الْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَا تَقْتَضِي إِلَى لَفْظِ التَّمْلِيكِ ، وَلَا تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ ، وَيَدْخُلُهَا الْإِجْبَارُ ،
وَتَلْزَمُ بِإِخْرَاجِ الْقَرْعَةِ ، وَيَقْدَرُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ بِقَدْرِ الْآخَرِ ، وَالْبَيْعُ لَا يَجُوزُ فِيهِ شَيْءٌ^(٣٣) مِنْ

(٢٨) في م : « سير » خطأ .

(٢٩) تقدم تخريجها ، في ٣٩٥/٨ ، ويضاف إليه : وأخرجه ابن ماجه ، في : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب
 الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٦/٢ .

(٣٠) في الأصل : « ذكره » .

(٣١) في الأصل : « إقرار » .

(٣٢) في ب ، م : « من » .

(٣٣) في الأصل ، م : « شيئا » .

ذلك ، ولأنّها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً ، كسائر العقود ، وفائدة الخلاف ، أنّها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثمار خرصاً^(٣٤) ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ، ولا يحث إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان العقار أو نصفه وفقاً ، جازت القسمة ، وإن قلنا : هي بيع . انعكست هذه الأحكام ، هذا إذا خلّت من الردّ ، فإن كان / فيها ردّ عوض ، فهي بيع ؛ لأنّ صاحب الردّ يندل المال عوضاً عما يحصل^(٣٥) له من مال شريكه ، وهذا هو البيع . فإن فعلاً ذلك في وقف ، لم يجز ؛ لأنّ بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وفقاً ، وبعضه طلقاً ، والردّ من صاحب الطلق ، لم يجز ؛ لأنّه يشتري بعض الوقف ، وإن كان من أهل الوقف ، جاز ؛ لأنّهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

٤٨/١١ و

فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وهذا قال الإصطخري . وقال أبو حنيفة : تقبل ، وإن كان بأجرة ؛ لأنّه لا يلحقه تهمة ، فقبل قوله ، كالمرضية . وقال الشافعي : لا تقبل ؛ لأنّه شهد على فعل نفسه الذي يوجب تعديله ، فلم تقبل ، كشهادة القاضي المعزول على حكمه . ولنا ، أنّه شهد بما لا نفع له فيه ، فقبل ، كالأجنبي . وإذا كان بأجرة ، لم يقبل ؛ لأنّه متهم ، لكونه يوجب الأجرة لنفسه^(٣٦) ، وهذا نفع ، فتكون شهادته لنفسه^(٣٦) . وقول الشافعي : إنّ يوجب تعديله . ممنوع ، ولا نسلم لهم ماذكروه في الحكم^(٣٧) .

١٨٨٠ - مسألة ؛ قال : (ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته ، فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ، إذا ثبت^(١) عنده ملكهما ، وكان مثله ينقسم ويتفان به مقسوماً)

(٣٤) في النسخ : « خرصاً » . والخرص : التقدير .

(٣٥) في الأصل ، ١ : « جعله » . وفي م : « حصل » .

(٣٦-٣٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٧) في ب « الحاكم » .

(١) في ب ، م : « أثبت » .

أَمَّا إِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، فَاُمْتَنَعَ الْآخَرُ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ ، وَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُثَبَّتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ مِلْكُهَا بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّ فِي الْإِجْبَارِ عَلَى الْقِسْمَةِ حُكْمًا عَلَى الْمُتَمَتِّعِ مِنْهَا ، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِمَا ثَبَّتَ ^(٢) بِهِ الْمَلِكُ لِحَصْنِهِ ، بِخِلَافِ حَالَةِ الرِّضَى ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْكُمُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، إِنَّمَا يَقْسِمُ بِقَوْلِهِمَا وَرِضَاهُمَا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ فِيهَا ضَرَرٌ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ ، وَلَا إِضْرَارَ » ^(٣) . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ، / ٤٨/١١ ط
وَرَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « مُوَطَّئِهِ » مَرْسَلًا ^(٤) ، وَفِي لَفْظٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى ، أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ ^(٥) . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يُمَكِّنَ تَعْدِيلُ السَّهَامِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ يُجْعَلُ مَعَهَا ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ ؛ لِأَنَّهُا تَصِيرُ بَيْعًا ، وَالبَيْعُ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ أَحَدُ الْمُتَبَايِعَيْنِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ ، أَرْضٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فِيهَا شَجَرَةٌ أَوْ بَقَرٌ تُسَاوِي مِائَتَيْنِ ، فَإِذَا جُعِلَتِ الْأَرْضُ سَهْمًا ^(٦) ، كَانَتِ الثَّلَاثُ ، فَيَحْتَاجُ أَنْ يُجْعَلَ مَعَهَا خَمْسُونَ ^(٧) يَرُدُّهَا عَلَيْهِ مَنْ لَمْ يَخْرُجْ لَهُ الْبَقَرُ أَوْ الشَّجَرَةُ ، لِيَكُونَا نَصِيفَيْنِ مُتَسَاوَيْنِ ، فَهَذِهِ فِيهَا بَيْعٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَخَذَ الْأَرْضَ قَدْ بَاعَ نَصِيبَهُ مِنَ الشَّجَرَةِ أَوْ الْبَقَرِ بِالثَّمَنِ ^(٨) الَّذِي أَخَذَهُ ، وَالبَيْعُ لَا يُجْبَرُ ^(٩) عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١٠) . فَإِذَا اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ الثَّلَاثَةُ ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهَا عَلَى الْقِسْمَةِ ؛ لِأَنَّهُا تَتَضَمَّنُ إِزَالَهَ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ عَنْهَا ، وَحُصُولَ النَّفْعِ لَهَا ، لِأَنَّ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا إِذَا تَمَيَّزَ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِحَسَبِ اخْتِيَارِهِ ، وَيَتِمَكَّنُ مِنْ إِحْدَاثِ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ وَالزَّرْعِ وَالسَّقَايَةِ ^(١١) وَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ ، وَلَا

(٢) فِي ب ، م : « يَثْبُت » .

(٣) فِي م : « ضَرَار » .

(٤) تَقْدِيمُ تَخْوِيضِهِ ، فِي : ١٤٠/٤ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَهُمَا » .

(٦) فِي م : « خَمْسِينَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، أ : « مِنْ الثَّمَنِ » .

(٨) فِي م : « يَجْبِرُهُ » .

(٩) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٩ .

(١٠) فِي م : « وَالسَّقَايَةِ » .

يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ الْإِشْتِرَاكِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُجْبَرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَ ^(١١) فِي الضَّرَرِ الْمَانِعِ مِنَ الْقِسْمَةِ ، فَفِي قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، هُوَ مَا لَا يُمْكِنُ مَعَهُ انْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيبِهِ مُفْرَدًا ، فِيمَا كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ الشَّرِكَةِ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ بَيْنَهُمَا دَارٌ صَغِيرَةٌ ، إِذَا قُسِمَتْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْضِعًا ضَيِّقًا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ . ^(١٢) وَلَوْ أُمْكِنَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فِي شَيْءٍ غَيْرِ الدَّارِ ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ ^(١٣) دَارًا ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْقِسْمَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ يَجْرَى مَجْرَى الْإِثْلَافِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْمَانِعَ هُوَ أَنْ تَنْقُصَ قِيَمَةُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِالْقِسْمَةِ عَنْ خَالِ الشَّرِكَةِ ، وَسَوَاءٌ ^(١٤) انْتَفَعُوا بِهِ مَقْسُومًا أَوْ لَمْ يَنْتَفِعُوا . / وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ : إِذَا قَالَ بَعْضُهُمْ يَقْسِمُ وَبَعْضُهُمْ لَا يَقْسِمُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْصَانٌ مِنْ ثَمَنِهِ ، يَبِيعُ ، وَأَعْطَاوُا الثَّمَنَ . فَاعْتَبَرَ نَقْصَانُ الثَّمَنِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ نَقْصَ قِيَمَتِهِ ضَرَرٌ ، وَالضَّرَرُ مَنْقُوعٌ شَرْعًا . وَقَالَ مَالِكٌ : يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ وَإِنْ اسْتَضَرَّ ، قِيَاسًا عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ الْجَوْهَرَةِ بِكَسْرِهَا ، وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ إِضَاعَةٌ لِلْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ^(١٥) . وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ يَسْتَضَرُّ بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْآخَرِ ؛ كَرَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا دَارٌ ، لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، فَإِذَا قَسَمَهَا ^(١٦) اسْتَضَرَّ صَاحِبُ الثُّلُثِ ؛ لَكَوْنُهُ لَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكُونُ دَارًا ، وَلَا يَسْتَضَرُّ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى لَهُ مَا يَصِيرُ دَارًا مُفْرَدَةً ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الثُّلُثَيْنِ الْقِسْمَةَ ، لَمْ يُجْبَرْ الْآخَرُ عَلَيْهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ^(١٧) ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ، قَالَ : كُلُّ قِسْمَةٍ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَا أَرَى قِسْمَهَا ^(١٨) . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَبَى ثَوْرٍ . وَقَالَ

(١١) فِي م : « اخْتَلَفُوا » .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٣) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(١٤) تَقَدَّمَ تَحْوِيلُهُ ، فِي : ٥١٦/٦ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « قَسَمَهَا » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(١٧) فِي ب ، م : « قَسَمْتُهَا » .

القاضي : يُجْبَرُ الْآخَرُ عَلَيْهَا . وهو قول الشافعي ، وأهل العراق ؛ لأنه طَلَبُ إِفْرَازٍ ^(١٨) .
نَصِيْبِهِ الَّذِي لَا يَسْتَضَرُّ بِتَمْيِيزِهِ ، فَوَجِبَتْ إِجَابَتُهُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَا لَا يَسْتَضَرُّانَ بِالْقِسْمَةِ .
وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلِأَنَّهَا قِسْمَةٌ يَضُرُّ ^(١٩) بِهَا صَاحِبُهَا ، فَلَمْ
يُجْبَرْ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَضَرَّامَعًا ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِضَاعَةَ الْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ،
وَإِذَا حُرِّمَ عَلَيْهِ ^(٢٠) إِضَاعَةُ مَالِهِ ، فَإِضَاعَةٌ ^(٢١) . مَالٍ غَيْرِهِ أَوْلَى . وَقَدْ رَوَى عَمْرُو بْنُ
جَمِيعٍ ^(٢٢) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَعْضِيَةَ ^(٢٣) عَلَى أَهْلِ الْيَمِيزَاتِ ، إِلَّا مَا حَصَلَ
الْقِسْمُ » . قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ : هُوَ أَنْ يُخْلَفَ شَيْءٌ ، إِذَا قُسِمَ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى بَعْضِهِمْ ، أَوْ
ظ ٤٩/١١ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا . وَلِأَنَّنَا اتَّفَقْنَا / عَلَى أَنَّ الضَّرَرَ مَانِعٌ مِنَ الْقِسْمَةِ ، وَأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا
مَانِعٌ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَانِعُ هُوَ ضَرَرُ الطَّالِبِ ؛ لِأَنَّهُ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ كَوْنُهُ
مَانِعًا ، كَمَا لَوْ تَرَضَّيَا عَلَيْهَا مَعَ ضَرَرِهَا أَوْ ضَرَرِ أَحَدِهِمَا ، فَتَعَيَّنَ الضَّرَرُ الْمَانِعُ فِي جِهَةِ
الْمَطْلُوبِ ، وَلِأَنَّهُ ضَرَرٌ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ ، فَمَنَعَ الْقِسْمَةَ ، كَمَا لَوْ اسْتَضَرَّ
مَعًا . وَإِنْ طَلَبَ الْقِسْمَةَ الْمُسْتَضَرُّ بِهَا ، كَصَاحِبِ الثَّلَاثِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَفْرُوضَةِ ، أُجْبِرَ
الْآخَرُ عَلَيْهَا . هَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبٌ ^(٢٤) دَفَعَ ضَرَرَ الشَّرِكَةِ عَنْهُ ،
بِأَمْرِ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِيهِ ، فَاجْبَرِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ ضَرَرَ الطَّالِبِ
مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَسَقَطَ حُكْمُهُ ، وَالْآخَرُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ ، فَصَارَ كَمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَذَكَرَ

(١٨) في ب ، م : « إفراز » .

(١٩) في م : « يستضر » .

(٢٠-٢١) في أ ، م : « إضاعته ماله ، إضاعته » .

(٢١) قال عنه العقيلي : كذاب ، خبيث . الضعفاء الكبير ٣/٢٦٤ . والحديث أخرجه عن ابن حزم ، الدارقطني في :
كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٤/٢١٩ . والبيهقي في : باب ما لا يحمل القسمة ، من كتاب
آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٣ . وهو في : غريب الحديث ٧/٢ ، والفتاوى ٢/٤٤٤ ، والنهاية ، لابن الأثير
٢٥٦/٣ .

(٢٢) في م : « تعضية » . والإعجام غير واضح في : الأصل ، م . والتعضية : التفريق . غريب الحديث . الموضوع
السابق .

(٢٣) في م : « سلب » .

أصحابنا أن المذهب أنه لا يُجبر الممتنع على القسمة^(٢٤)؛ لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال، ولأن طلب القسمة من المستضر سفة، فلا يجب إجابته إلى السفة. قال الشريف: متى كان أحدهما^(٢٥) يستضر، لم تجب القسمة. وقال أبو حنيفة: متى كان أحدهما^(٢٦) ينتفع بها، وجبت. وقال الشافعي: إن^(٢٧) انتفع بها الطالب، وجبت، وإن استضر بها الطالب، فعلى وجهين. وقال مالك: تجب على كل حال. ولو كانت دار بين ثلاثة، لأحدهم نصفها، وللآخرين نصفها، لكل واحد منهما ربعها، فإذا قُسمت استضر كل واحد منهما، ولم^(٢٨) يستضر صاحب النصف، فطلب صاحب النصف القسمة، وجبت إجابته؛ لأنه يمكن قسمتها نصفين، فيصير حقهما لهما داراً، وله النصف، فلا يستضر أحد منهما. ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة؛ لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه^(٢٩). وإن طلبا المقاسمة، فامتنع صاحب النصف، أجبر؛ لأنه لا ضرر على واحد منهم. وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد منهما، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه^(٣٠)، لم تجب القسمة على قياس المذهب؛ لأنه إضرار بالطالب وسفة. على الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة؛ لأن المطلوب منه لا ضرر عليه. الحال / الثاني، الذي لا يجبر أحدهما على القسمة، وهي ما إذا عُدَّ أحد الشرط الثلاثة، فلا تجوز القسمة إلا برضاها، وتسمى قسمة التراضي، وهي جائزة مع اختلال الشرط كلها؛ لأنها بمنزلة البيع والمناقلة، ويبيع ذلك جائز.

فصل: إذا كانت دار بين اثنين، سفلها وعلوها، فإذا طلبا قسمة، نظرت، فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما، ولا ضرر في ذلك، أجبر الآخر عليه. لأن^(٣١) البناء في الأرض يجري مجرى العرس، يتبعها^(٣٢) في البيع والشفعة، ثم لو طلب قسمة

(٢٤) في ب، م: « القسم ».

(٢٥-٢٦) سقط من: الأصل. نقل نظر.

(٢٦) في ب: « متى ».

(٢٧) في ب، م: « ولا ».

(٢٨) في م: « أن ».

(٢٩) في م: « في تبعها ».

أرضي فيها غراس، أُجبرَ شريكه عليه ، كذلك البناء . وإن طلب أحدهما جعل السُّفْل لأحدهما^(٣٠) والعلو للآخر^(٣١)، ويُقرع بينهما ، لم يُجبر عليه الآخر؛ لثلاثة معانٍ؛ أحدها ، أنَّ العلوَّ تبع^(٣٢) للسُّفْل ، ولهذا إذا بيعا ، تثبتَّ الشُّفْعَةُ فيهما ، وإذا أُفِرِدَ العلوُّ بالبيع^(٣٣) ، لم تثبت فيه الشُّفْعَةُ ، وإذا كان تبعاً له ، لم يُجعل المتبوع سَهْمًا والتَّبع^(٣٤) سَهْمًا ، فيصيرُ التَّبعُ^(٣٤) أصلاً . الثاني ، أنَّ السُّفْلَ والعلوَّ يجريان مَجْرَى الدَّارَيْنِ المتلاصقتين^(٣٥) ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يُسَكَنُ مُنفَرِدًا^(٣٦) ، ولو كان بينهما داران ، لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كلِّ دارٍ نصيباً ، كذا هُنا . الثالث ، أنَّ صاحبَ القرار يملك قرارها وهواءها ، فإذا جعل السُّفْلَ نصيباً انفردَ صاحبه بالهواء ، وليست هذه قِسْمَةٌ عادلة . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : يقسمُه الحاكم ، يجعل ذراعاً من السُّفْل بذراعين من العلو . وقال أبو يوسف : ذراعٌ بذراع . وقال محمد : ^(٣٧) يقسمُها بالقيمة^(٣٧) . واحتجَّوا بأنَّها دارٌ واحدةٌ ، فإذا قسَمَها على ما يراه جاز ، كالتى لا علوها . ولنا ، ما ذكرناه من المعاني الثلاثة ، وفيها ردُّ ما ذكروه ، وما يذكرونه من كيفية القِسْمَةِ ٥٠/١١ نَحْكُمُ ، وبعضه يُردُّ بعضاً . وإن طلب أحدهما قِسْمَةَ العلوِّ / وحده ، أو السُّفْل وحده ، لم يُجب إليه ؛ لأنَّ القِسْمَةَ تَرادُّ للتمييز ، ومع بقاء الإشاعة^(٣٨) في أحدهما^(٣٨) لا يحصل التَّمييز . وإن طلب قِسْمَةَ السُّفْل مُنفَرِدًا ، أو العلوُّ مُنفَرِدًا ، لم يُجب إليه ؛ لأنَّه قد يحصل لكلِّ واحدٍ منهما علوُّ سُفْلٍ الآخر ، فيستضِرُّ كُلُّ واحدٍ منهما ، ولا يتميَّز الحَقَّان .

فصل : وإذا كان بينهما دارٌ ، أو خانٌ كبيرٌ ، فطلب أحدهما قِسْمَةَ ذلك ،

(٣٠) في م : « لإحدهما » .

(٣١) في م : « للآخرين » .

(٣٢) في ب ، م : « يتبع » .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب : « المتبع » .

(٣٥) في ب : « المتلاصقتين » .

(٣٦) في الأصل : « مفرداً » .

(٣٧-٣٧) في الأصل : « يقسم بالقسمة » .

(٣٨-٣٨) سقط من : م .

ولا ضررَ في قِسْمَتِهِ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ، وَتُفْرَدُ بَعْضُ الْمَسَاكِينِ عَنْ بَعْضٍ وَإِنْ كَثُرَتْ الْمَسَاكِينُ. وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا دَارَانِ، أَوْ خَائِنَانِ، أَوْ أَكْثَرُ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَجْمَعَ نَصِيبَهُ فِي إِحْدَى الدَّارَيْنِ، أَوْ أَحَدِ الْخَائِنَيْنِ، وَيَجْعَلَ الْبَاقِيَ نَصِيبًا، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: إِذَا رَأَى الْحَاكِمُ ذَلِكَ، فَلَهُ فِعْلُهُ، سَوَاءً تَقَارَبَتَا أَوْ تَفَرَّقَتَا؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ وَأَعْدَلُ. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَتَا مُتَجَاوِرَتَيْنِ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمُتَجَاوِرَتَيْنِ تَتَقَارَبُ مَنَفَعَتُهُمَا، بِخِلَافِ الْمُتَبَاعِدَتَيْنِ. ^(٣٩) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَجَرَتْ ^(٤٠) الْأُخْرَى ^(٤١)، أُجْبِرَ الْمَمْتَنِعُ ^(٣٩)، وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّهُمَا يَجْرِيَانِ مَجْرَى الدَّارِ الْوَاحِدَةِ. وَلَنَا، أَنَّهُ نَقُلُ حَقَّهُ مِنْ عَيْنٍ إِلَى عَيْنٍ أُخْرَى، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ، كَالْمُتَفَرِّقَتَيْنِ ^(٤٢) عَلَى مِلْكٍ، وَكَالْوَلَمْ تَكُنْ حَجَرَتْهَا ^(٤٣) مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَالْوَلَمْ كَانَتَا دَارًا وَدُكَّانًا ^(٤٤) مَعَ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَالْحُكْمُ فِي الدَّكَائِنِ كَالْحُكْمِ فِي الدُّوَرِ، وَكَالْوَلَمْ كَانَتْ لَهَا عَضَائِدُ صَغَارٍ، لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ^(٤٥) مُنْفَرِدَةً، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ قِسْمَتِهَا ^(٤٦) عَلَيْهَا.

فصل: وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا أَرْضٌ وَاحِدَةٌ يُمَكِّنُ قِسْمَتُهَا، وَتَتَحَقَّقُ ^(٤٧) فِيهَا الشُّرُوطُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى قِسْمَتِهَا ^(٤٦)، سَوَاءً كَانَتْ فَارِغَةً أَوْ ذَاتَ شَجَرٍ وَبِنَاءٍ. فَإِنْ كَانَ فِيهَا نَحْلٌ، وَكَرْمٌ، وَشَجَرٌ مُخْتَلِفٌ، وَبِنَاءٌ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ كُلِّ عَيْنٍ عَلَى حَدِّتِهَا، وَطَلَبَ الْآخَرُ قِسْمَةَ الْجَمِيعِ بِالتَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: تُقَسَّمُ كُلُّ عَيْنٍ عَلَى حَدِّتِهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ / مَقْسُومٍ، إِذَا أُمَكِّنَتِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي جَيِّدِهِ

٥١/١١ و

(٣٩-٣٩) سقط من: الأصل.

(٤٠) في الأصل، م، والشرح الكبير ٢٢٦/٦: «أحجرة». وفي ب: «حجرة». ولعل الصواب ما أشتناه.

(٤١) في ب: «والأخرى».

(٤٢) في ب، م: «كالمتفرقين».

(٤٣) في ب، م: «حجة بها».

(٤٤) في الأصل: «أو دكانا».

(٤٥) في ب: «منها».

(٤٦) في ب، م: «قسمها».

(٤٧) في الأصل: «أو تتحقق».

وَرَدِيهِ ، كان أَوْلَى . ونحو هذا قال أصحابُ الشافعيّ ؛ فَإِنَّهُمْ قالوا : إذا أُمَكَّنَتِ التَّسْوِيَةُ بين الشَّرِيكَيْنِ فِي جِدِّهِ وَرَدِيهِ ، بَأَنْ يَكُونَ الْجِدُّ فِي مُقَدِّمِهَا وَالرَّدى فِي مُؤَخَّرِهَا ، فإذا قَسَمْنَاهَا صارَ لكلِّ واحدٍ من ^(٤٨) الْجِدِّ وَالرَّدى مثلُ ما لآخر ، وَجَبَتِ الْقِسْمَةُ ، وأُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا ، وإن لم تُمَكِّنِ الْقِسْمَةُ هَكَذَا ، بَأَنْ تَكُونَ الْعِمَارَةُ أَوْ الشَّجَرُ وَالْجِدُّ لَا تُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ وَخَدَهُ ، وَأُمَكِّنَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ ، عُدِّلَتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَأُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ ^(٤٩) مِنَ الْقِسْمَةِ ^(٥٠) عَلَيْهَا . وقال الشافعيّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يُجِبَرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا . ^(٥١) وقالوا : إذا كانت الأرضُ ثلاثينَ جَرِيماً ^(٥٢) ، قِيَمَةُ عَشْرَةِ أَجْرِيَةٍ مِنْهَا كَقِيَمَةِ عِشْرِينَ ^(٥٣) ، لم يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا ^(٥٤) ؛ لِتَعْدِرِ التَّساوِي فِي الزَّرْعِ ، وَلأنَّهُ لو كان حَقْلانِ مُتجاوِرانِ ^(٥٥) لم يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ ، إذا لم تُمَكِّنِ إِلَّا بَأَنْ يُجْعَلَ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا سَهْماً ^(٥٦) ، كذا هُنا . ولنا ، أَنَّهُ مَكَانٌ واحدٌ ، أُمَكَّنَتْ قِسْمَتَهُ ، وَتُعَدِّلُهُ ، من غيرِ رَدِّ عَوْضٍ وَلَا ضَرَرٍ ، فَوَجِبَتْ قِسْمَتُهُ ، كالدُّورِ . ولأنَّ ما ذَكَرُوهُ يُفَضِّلُ إِلَى مَنْعِ وَجوبِ الْقِسْمَةِ فِي الْبَسَاتِينِ كُلِّهَا ^(٥٧) والدُّورِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَساوِي الشَّجَرِ وَبِناءِ الدُّورِ وَمَساكِنِها إِلَّا بِالْقِيَمَةِ ، وَلأنَّهُ مَكَانٌ لو بِيَعَ بَعْضُهُ وَجِبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ لِشَرِيكَ الْبائعِ ، فَوَجِبَتْ قِسْمَتُهُ ، كَالو أُمَكَّنَتِ التَّسْوِيَةُ بِالزَّرْعِ . وأما إذا كان بُسْتانانِ ، لكلِّ واحدٍ مِنْهُما طَرِيقٌ ، أَوْ حَقْلانِ ، أَوْ دَارانِ ، أَوْ دُكَّانانِ مُتجاوِرانِ أَوْ مُتباعدانِ ، فَطَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَتَهُ ، بِجَعْلِ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا ، لم يُجِبَرِ الْآخَرُ عَلَى هَذَا ، سواءً كانا مُتساوَيْنَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيّ ؛ لِأَنَّهُما شَيْئانِ مُتَمَيِّزانِ ، لو بِيَعَ أَحَدُهُما ، لم تَجِبِ الشُّفْعَةُ ^{٥١/١١} ظ فِيهِ لِلْمَلِكِ / الْآخَرِ ، بِخِلَافِ الْبُستانِ الْوَاحِدِ ، وَالْأَرْضِ الْوَاحِدَةِ وَإِنْ عَظُمَتْ ، فَإِنَّهُ

(٤٨) فِي م : ٥ ، ٤ .

(٤٩-٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٠-٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٥١) الْجَرِيبُ مِنَ الْأَرْضِ وَالطَّعَامُ : مَقْدَارُ مَعْلُومٍ . انْظُرْ تَفْصِيلَهُ فِي تاجِ الْعُرُوسِ (ج ر ب) .

(٥٢) فِي النِّسخِ : ٥ عَشْرَ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٣) كَذَا ، عَلَى أَنَّ « كان » بِمَعْنَى وَجَدَ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٤) فِي الْأَصْلِ : ٥ بَيْنَهُمَا .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

إذا بيع بعضها ، وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي ، والشفعة كالقسمة ؛ لأن كل واحد منهما يُراد لإزالة ضرر الشريكة ، وتقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته ، لا تجب الشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه ، لا تجب قسمته ، وعكس هذا ما تجب قسمته ، تجب فيه الشفعة ، وما تجب الشفعة فيه ، تجب قسمته . ولأنه لو بدد الصلاح في بعض البستان ، كان صلاحاً لباقيه وإن كان كبيراً . ولم يكن صلاحاً لما جاوره^(٥٦) وإن كان صغيراً .

فصل : وإذا^(٥٧) كان في الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع ، أُجبر الممتنع ؛ لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار ، فلم يمنع القسمة ، كالقماش ، وسواء خرج الزرع ، أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسمها ، بقي الزرع بينهما مشتركا ، كما لو باع الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفردا ، لم يجبر الآخر عليه ؛ لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهم لا يمكن ؛ لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة . وإن طلب قسمتها مع الزرع ، وكان قد خرج ، جاز ، وأجبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلاً^(٥٨) ، أو قد اشتد الحب فيه ؛ لأن الزرع كالشجر في الأرض ، والقسمة إفراز^(٦٠) حق ، وليست بيعاً . وإن قلنا : هي بيع . لم يجز^(٦١) إذا اشتد الحب ؛ لأنه يتضمن بيع السبيل بعضه ببعض . ويحتمل الجواز ؛ لأن السنايل ههنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست المقصود ، فأشبهه ببيع النخلة المثمرة بمثلها . وقال الشافعي : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ؛ لأن الزرع مودع في الأرض للتقلع عنها ، فلم تجب قسمته معها ، كالقماش فيها . ولنا ، أنه ثابت فيها للنماء والنفع ، فأشبهه الغراس ، وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ، ولا ضرر / عليه في نقله . وإن كان

(٥٦) في ب ، م : « جاوره » .

(٥٧) في م : « وإن » .

(٥٨) القصيل : ما يقتصل أى يؤخذ من الزرع وهو أخضر .

(٥٩) سقط من : ب ، م .

(٦٠) في الأصل : « إقرار » .

(٦١) في ب ، م : « يجبر » .

الزَّرْعُ بَذْرًا فِي الْأَرْضِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ ؛ لَجَهَالَتِهِ ، وَكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ إِفْرَازَهُ ^(٦٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، فَلَا تَضُرُّ جَهَالَتُهُ ، كَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ فَاشْتَرَطَهُ ^(٦٣) ، مَلَكَه بِالشَّرْطِ ، وَإِنْ كَانَ بَذْرًا مَجْهُولًا .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا ^(٦٤) أَرْضٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فِي أَحَدِ جَانِبَيْهَا بَيْتْرٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، وَفِي الْآخَرِ شَجَرَةٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، عُدِّلَتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَجُعِلَتْ الْبَيْتْرُ مَعَ نَصِيفِ الْأَرْضِ بَيْنَهُمَا ^(٦٥) نَصِيبًا ، وَالشَّجَرَةُ مَعَ النُّصِيفِ الْآخَرِ ^(٦٦) نَصِيبًا . فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ؛ نَظَرْتُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٧) أَوْ أَقَلَّ ، لَمْ تَجِبِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أَقَلَّ ، لَمْ يُمَكِّنِ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِقِسْمَةِ الْبَيْتْرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٨) ، فَجَعَلْنَاهَا سَهْمًا ، وَالْبَيْتْرُ سَهْمًا ، وَالشَّجَرَةُ سَهْمًا ، لَمْ يَحْصُلْ مَعَ الْبَيْتْرِ وَالشَّجَرَةِ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِ ، ^(٦٩) فَيَصِيرُ هَذَا كَقِسْمَةِ الشَّجَرِ وَحْدَهُ ، وَقِسْمَةِ ذَلِكَ وَحْدَهُ لَيْسَتْ قِسْمَةٌ إجْبَارٍ . وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ كَثِيرَةً ^(٧٠) الْقِيَمَةِ ، بَحِثْ بِأَخْذِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ سِهَامَهُمْ مِنْهَا ، وَيُنْقَى مِنْهَا شَيْءٌ مَعَ الْبَيْتْرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَمِثَالُهُ أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ الْأَرْضِ مِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ، فَتُجْعَلُ ^(٧١) مِائَةً وَخَمْسِينَ سَهْمًا ، وَيُضَمُّ إِلَى الْبَيْتْرِ مَا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَإِلَى الشَّجَرَةِ مِثْلُ ذَلِكَ ، فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ سِهَامٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، وَفِي كُلِّ سَهْمٍ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَتَجِبُ الْقِسْمَةُ حِينَئِذٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَقِيَمَةُ الْأَرْضِ أَرْبَعَمِائَةٍ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّنَا نَجْعَلُ ثَلَاثَمِائَةٍ مِنْهَا سَهْمَيْنِ ، وَمِائَةً مَعَ الْبَيْتْرِ وَالشَّجَرَةِ سَهْمَيْنِ ، فَتَعْدَلُ السَّهَامُ .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : « إِفْرَازُهُ » .

(٦٣) فِي م : « فَاشْتَرَطُوا » .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٦٧-٦٨) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٦٨-٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٩) فِي ب ، م : « كَبِيرَةٌ » .

(٧٠) فِي م : « فَيَجْعَلُهَا » .

ولو كانت الأرض لاثنتين ، فأراد إقسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار ، وهكذا / الأرض ذات الشجر ، إذا اقتسم الشجر دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار . ولو اقتسماها بشجرها ، كانت قسمة إجبار ؛ لأنَّ الشجر يدخل تبعاً للأرض ، فيصير الجميع كالشيء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شيء من الأرض بشجره . وإذا قسِم ذلك دون الأرض ، صار أصلاً في القسمة ، ليس بتابع لشيء واحد ، فيصير كأعيان مُفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مُفرداً . وكل قسمة غير واجبة ، إذا تراضيا بها ، فهي بيع ، حُكْمها حُكْم البيع .

١٨٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَسِمَ ، طُرِحَتِ السَّهَامُ ، فَيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا وَقَعَ سَهْمُهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَرَضَيَا ، فَيَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا رَضِيَ بِهِ)

وجملته أن القسمة على ضربين ؛ قسمة إجبار ، وقسمة تراضي . وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد . ولا تخلو من أربعة أقسام ؛ أحدها ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية . الثاني ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة . الثالث ، أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية . الرابع ، أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة^(١) . فأما الأول ، فمثل أرض بين ستة ، لكل واحد منهم^(٢) سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ؛ لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة ، لتساوي أجزائها في القيمة ، ثم يقرع بينهم ، وكيفية أقرع بينهم جاز ، في ظاهر كلام أحمد ؛ فإنه قال في رواية أبي داود : إن شاء رقاعاً ، وإن شاء خواتيم ، يُطرح ذلك في حجر من لم يحضر ، ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : أخرج خاتماً على هذا السهم . فمن خرج خاتمته فهو له ، وعلى هذا ، لو أقرع بالحصا أو غيره جاز . واختار أصحابنا في القرعة أن يكتسب رقاعاً متساوية / بعدد السهام ، وهو ههنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام ، وبين

(١) لم يرد في الأصل .

(٢) في م : « منها » .

إخراج السَّهْمِ عَلَى الْأَسْمَاءِ ، فَإِنْ أَخْرَجَ الْأَسْمَاءُ عَلَى السَّهْمِ ، كَتَبَ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمَ كُلِّ^(٣) وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ ، وَتَرَكَّ فِي بِنَادِقِ طِينٍ أَوْ شَمْعٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقَدْرِ وَالْوِزْنِ ، وَيَتْرَكُ فِي حِجْرِ مَنْ لَمْ يَخْضُرِ الْقِسْمَةَ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرَجَ بُنْدَقَةً عَلَى هَذَا السَّهْمِ . فَإِذَا أَخْرَجَهَا كَانَ ذَلِكَ السَّهْمُ لِمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِي الْبُنْدَقَةِ ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى عَلَى سَهْمٍ آخَرَ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَبْقَى الْآخِيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ بَقِيَ . وَإِنْ اخْتَارَ إِخْرَاجَ السَّهْمِ عَلَى الْأَسْمَاءِ ، كَتَبَ فِي الرُّقَاعِ أَسْمَاءَ السَّهْمِ ، فَيَكْتُبُ فِي رُقْعَةِ الْأَوَّلِ مِمَّا يَلِي جِهَةَ كَذَا ، وَفِي أُخْرَى الثَّانِي ، حَتَّى يَكْتُبَ السَّيِّئَةَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الرُّقْعَةَ عَلَى وَاحِدٍ بَعَيْنِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ السَّهْمُ الَّذِي فِي الرُّقْعَةِ . وَيَفْعَلُ ذَلِكَ حَتَّى يَبْقَى الْآخِيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ بَقِيَ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، أَنَّ الْبِنَادِقَ تُجْعَلُ طِينًا ، وَتُطْرَحُ فِي مَاءٍ ، وَيُعَيَّنُ وَاحِدٌ ، فَأَيُّ الْبِنَادِقِ انْحَلَّ الطِّينُ عَنْهَا ، وَخَرَجَتْ رُقْعَتُهَا^(٤) عَلَى الْمَاءِ ، فَهِيَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي وَالثَّالِثُ وَمَا بَعْدَهُ ، فَإِنْ خَرَجَ اثْنَانِ مَعًا^(٥) أُعِيدَ الْإِقْرَاعُ . وَالْأَوَّلَى^(٦) أَوْلَى وَأَسْهَلُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ السَّهْمُ مُتَّفِقَةً وَالْقِيَمَةُ مُخْتَلِفَةً ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُعَدَّلُ بِالْقِيَمَةِ ، وَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَسْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمَةِ . وَيَفْعَلُ فِي إِخْرَاجِ السَّهْمِ مِثْلَ الَّذِي قَبْلَهُ سِوَاءً ، لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ التَّعْدِيلَ تَمَّ بِالسَّهْمِ ، وَهُنَا بِالْقِيَمَةِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ مُتَسَاوِيَةً وَالسَّهْمُ مُخْتَلِفَةً ؛ مِثْلَ أَرْضٍ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، وَلِلْآخِرِ سُدُسُهَا ، وَأَجْزَاؤُهَا مُتَسَاوِيَةُ الْقِيَمِ^(٧) ، فَإِنَّهَا تُجْعَلُ سِهَامًا بِقَدْرِ أَقْلِهَا ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَسْهُمٍ ، وَتُعَدَّلُ بِالْأَجْزَاءِ ، وَيَكْتُبُ ثَلَاثَ رِقَاعٍ بِأَسْمَائِهِمْ ، وَيُخْرِجُ رُقْعَةً عَلَى السَّهْمِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ^(٨) ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى عَلَى الثَّانِي ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الثَّانِي وَالثَّالِثَ ، وَكَانَتِ الثَّلَاثَةُ الْبَاقِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ الثَّانِيَةَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّانِي وَالثَّالِثَ وَالرَّابِعَ ، وَكَانَ الْخَامِسُ وَالسَّادِسُ لِصَاحِبِ

(٣) فِي ب زِيَادَةٌ : « كُلُّ » .

(٤) فِي ب : « بِرُقْعَتِهَا » .

(٥) سَقَطَ مِنْ ب ، م .

(٦) فِي م : « وَالْأَوَّلُ » .

(٧) فِي م : « الْقِيَمَةُ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ م .

الثُلُثِ ، وإن خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ الْأُولَى لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّلَاثَةَ الْأُولَى ، وَخَرَجُ الثَّانِيَةِ عَلَى الرَّابِعِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَهُ وَالَّذِي يَلِيهِ ، وَكَانَ السَّادِسُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الثَّانِيَةُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ ، وَأَخَذَ الْآخَرُ الْخَامِسَ وَالسَّادِسَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الْأُولَى لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الْأَوَّلَ وَالثَّانِي ، ثُمَّ يُخْرِجُ الثَّانِيَةَ عَلَى الثَّالِثِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّالِثَ وَالرَّابِعَ وَالْخَامِسَ ، وَأَخَذَ الْآخِرُ السَّادِسَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الثَّانِيَةُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ ، وَأَخَذَ صَاحِبُ النِّصْفِ مَا بَقِيَ . وَقِيلَ : تُكْتَبُ سِتُّ رِقَاعٍ ، بِاسْمِ صَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثٌ ، وَبِاسْمِ صَاحِبِ الثُّلُثِ اثْنَتَانِ ، وَبِاسْمِ صَاحِبِ السُّدُسِ وَاحِدَةٌ . وَهَذَا لِإِفَادَتِهِ فِيهِ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ خُرُوجَ اسْمِ صَاحِبِ النِّصْفِ ، وَإِذَا كُتِبَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ حَصَلَ الْمَقْصُودُ فَأُغْنَى . وَلَا يَصَحُّ أَنْ يَكْتَبَ رِقَاعًا بِأَسْمَاءِ السُّهُمِ ، وَيُخْرِجَهَا عَلَى أَسْمَاءِ الْمَلَائِكِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُخْرِجَ وَاحِدَةٌ فِيهَا السُّهُمُ الثَّانِي لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، ثُمَّ أُخْرِجَ أُخْرَى لِصَاحِبِ النِّصْفِ أَوْ الثُّلُثِ فِيهِمَا السُّهُمُ الْأَوَّلُ ، احْتِجَاجٌ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ مُتَفَرِّقًا ، فَيَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، إِذَا اخْتَلَفَتِ السُّهُمُ وَالْقِيَمَةُ ، فَإِنَّ الْقَاسِمَ يُعَدِّلُ السُّهُمَ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَجْعَلُهَا سِتَّةَ أَشْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمِ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الرِّقَاعَ فِيهَا الْأَسْمَاءَ عَلَى السُّهُمِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ سَوَاءً ، لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا ، إِلَّا أَنْ التَّعْدِيلَ هُنَا بِالْقِيَمِ ، وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا بِالْمِسَاحَةِ . وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي ، وَهِيَ قِسْمَةُ التَّرَاضِيِ الَّتِي فِيهَا رَدٌّ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعْدِيلُ السُّهُمِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ / مَعَ بَعْضِهَا عَوَضٌ ، فَهَذِهِ لَا إِجْبَارَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، كَالدَّارَيْنِ تُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا سَهْمًا ، وَمَا يَدْخُلُ الضَّرْرُ عَلَيْهِمَا يَقْسِمَتُهُ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْهُ صُورًا فِيمَا تَقَدَّمَ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ تَلْزَمُ بِإِخْرَاجِ الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّ قُرْعَةَ قَاسِمِ الْحَاكِمِ بِمَنْزِلَةِ حُكْمِهِ ، فَيَلْزَمُ بِإِخْرَاجِهَا كُلُّزَوْمَ حُكْمِ الْحَاكِمِ . وَأَمَّا قِسْمَةُ التَّرَاضِيِ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَلْزَمُهُ أَيْضًا ، كَقِسْمَةِ الْإِجْبَارِ ؛ لِأَنَّ الْقَاسِمَ كَالْحَاكِمِ ، وَقُرْعَتُهُ كَحُكْمِهِ . وَالثَّانِي ، لَا تَلْزَمُ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ ، وَالبَيْعُ ^(٩) لَا يَلْزَمُ إِلَّا ^(١٠) بِالتَّرَاضِيِ ، لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ هُنَا لِتَعْرِيفِ ^(١١) الْبَائِعِ مِنَ

(٩-٩) ق م : « يلزم » .

(١٠) ق م : « لتعرف » .

المُشْتَرَى ، فَأَمَّا إِنْ تَرَضِيَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدًا مِنَ السَّهْمَيْنِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَاخْتَارَ ، وَيَلْزَمُ هُنَا بِالْتَرَضِي وَتَقَرُّقِهِمَا ، كَمَا يَلْزَمُ الْبَيْعُ .

فصل : ويجوزُ للشريكين أن يفتسما بأنفسهما ، وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسمًا يقسم لهما ، وأن ينصبا قاسمًا يقسم لهما ، فإن نصب الحاكم قاسمًا لهما ، فمن شرطه العدالة ، ومعرفة الحساب^(١١) ، والقسمة ، ليوصل إلى كل ذي حق حقه . وهذا قول الشافعي ، إلا أنه يشترط كونه^(١٢) حرًا . وإن نصبا قاسمًا بينهما ، فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة ، فهو كقاسم الحاكم ، في لزوم قسمته بالقرعة ، وإن كان كافرًا ، أو فاسقًا ، أو غير عارف بالقسمة ، لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ، ويكون وجوده كعدمه ، فيما يرجع إلى لزوم القسمة . ويجزئ قاسم واحد فيما لا يحتاج إلى تقويم ، فإن احتاج القسم إلى التقويم^(١٣) ، احتاج إلى قاسمين ؛ / لأنه يحتاج إلى أن يكون المقوم اثنين ، ولا يكفي في التقويم واحد . فمتى نصبا قاسمًا أو نصبه الحاكم ، وكانت الشروط فيه متحققه ، لزمت القسمة بقرعته . وإن اختل فيه بعض الشروط ، لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما ؛ لأن وجوده وعدمه واحد . وإن قسما بأنفسهما ، وأقرعا ، لم تلزم^(١٤) القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة ؛ لأنه لا حاكم بينهما ، ولا من يقوم مقامه .

فصل : وعلى الإمام أن يرزق القاسم من بيت المال ؛ لأن هذا من المصالح ، وقد روى أن عليًا ، رضي الله عنه ، اتخذ قاسمًا ، وجعل له رزقًا من بيت المال^(١٥) . فإن لم يرزقه الإمام ، قال الحاكم للمتقاسمين^(١٦) : اذفعا إلى القاسم أجره ليقسم بينكما . فإن

(١١) في م زيادة : « والقيمة » .

(١٢) في الأصل : « أن يكون » .

(١٣) في الأصل : « تقويم » .

(١٤) في ب ، م : « تلزمه » .

(١٥) انظر : ما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أجر القسام ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

١٣٣ ، ١٣٢ / ١٠ .

(١٦) لم يرد في : الأصل .

استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه ، جاز ، وإن استأجره جميعاً إجارةً واحدةً ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم ، لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المَقْسوم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عَدْرُهِمْ ؛ لأنَّ عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر ، سواء تساوت سيئاتهم أو اختلفت ، فإنَّ^(١٧) الأجر بينهم سواء . ولنا ، أن أجر القسمة يتعلق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأملاك ، كنفقة العبد ، وما ذكره^(١٨) لا يصح ؛ لأنَّ العمل في أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المَقْسوم لو كان مكيلاً أو موزوناً ، كان كيل الكثير أكثر عملاً من كيل القليل ، وكذلك الوزن والزرع ، وعلى أنه يبطل بالحافظ ، فإنَّ حفظ القليل والكثير سواء ، ويختلف أجره باختلاف المال .

فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : هي على الطالب للقسمة ؛ لأنها حق له . ولنا ، أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء ، وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما / ، كما لو تراضوا^{٥٥/١١} عليها .

فصل : وإذا ادَّعى أحد المتقاسمين غلطاً في القسمة ، وأنه أُعطيَ دونَ حقه ؛ نظرت ، فإن كانت قسمة تُلزَمُ بالقرعة ، ولا تقف على تراضيهما ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين ، نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بينة ، وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه ، أحلف له . وإنما قد مناقول المدعى عليه ؛ لأنَّ الظاهر صحة القسمة ، وأداء الأمانة فيها . وإن كانت ممَّا لا تُلزَمُ إلا بالتراضي ، كالذي قسماه بأنفسهما ونحوها^(١٩) ، لم تُسمع دعوى من ادَّعى الغلط . هكذا قال أصحابنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه قد رضى بذلك ، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه والصحيح عندى أن هذه كالتى قبلها ، وأنه متى أقام البينة بالغلط ، نقضت القسمة ؛ لأنَّ ما ادَّعاه مُحْتَمَلٌ ، ثبت ببينة عادلة ،

(١٧) في ب ، م : « فكان » .

(١٨) في م : « ذكره » .

(١٩) في ب ، م : « ونحوه » .

فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَشْهَدَ^(٢٠) عَلَى نَفْسِهِ بَقْبُضِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، ثُمَّ ادَّعَى غَلَطًا فِي كَيْلِهِ أَوْ وَزْنِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ حَقَّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ سَقَطَ بِرِضَاهُ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَسْقُطُ مَعَ عِلْمِهِ ، أَمَّا إِذَا ظَنَّ أَنَّهُ أُعْطِيَ حَقَّهُ فَرَضِيَّ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، ثُمَّ بَانَ لَهُ الْغَلَطُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّهُ ، كَالثَّمَنِ وَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَبِضَ الْمُسْلِمُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ مَكَايِيلَ ، رَاضِيًا بِذَلِكَ ، ثُمَّ ثَبَّتَ أَنَّهُ ثَمَانِيَّةٌ ، أَوْ ادَّعَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ أَنَّهُ غَلِطَ ، فَأَعْطَاهُ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَثَبَّتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالرَّضَى بِهِ^(٢١) ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(٢٢) سَمَاعُ دَعْوَاهُ وَبَيِّنَتِهِ ، وَلَئِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ أَقْرَبَ بِالْغَلَطِ ، لِنُقْضِ الْقِسْمَةَ ، وَلَوْ سَقَطَ حَقُّ الْمُدَّعَى بِالرَّضَى ، لَمَّا نُقْضَتِ الْقِسْمَةُ بِإِقْرَارِهِ ، كَالْوَهْبِ الزَّائِدِ ، وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَغَيْرُهُمْ فِي مَنْ بَاعَ دَارًا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَذْرُعَ ، فَبِائْتٍ تِسْعَةً أَوْ أَحَدَ عَشَرَ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي ٥٥٠/١١ ظ الْآخَرِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، وَالنَّقْصُ عَلَيْهِ . وَالْبَيْعُ إِنَّمَا يُلْزَمُ بِالرَّاضِي ، فَلَوْ كَانَ / التَّرَاضِي يُسْقِطُ حَقَّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ ، لَسَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ مِنَ الزِّيَادَةِ ، وَحَقُّ الْمُشْتَرِي مِنَ النَّقْصِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَئِنْ مَن رَضِيَ بِشَيْءٍ بِنَاءً عَلَى ظَنِّ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ ، لَمْ يَسْقُطْ بِهِ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَسَمَا شَيْئًا ، وَتَرَاضِيَا بِهِ^(٢٣) ، ثُمَّ بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا تُعْطَى الْمَظْلُومَ حَقُّهُ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَلَا تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ ، كَمَا لَوْ تَبَيَّنَ الْغَلَطُ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ الْمُسْلِمِ فِيهِ . قُلْنَا : لِأَنَّ الْغَلَطَ هَهُنَا فِي نَفْسِ الْقِسْمَةِ ، بِتَفْوِيتِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِهَا ، وَهُوَ تَعْدِيلُ السَّهَامِ ، فَتَبْطُلُ لِقَوَاتِ شَرْطِهَا ، وَفِي الْمُسْلِمِ^(٢٤) وَالثَّمَنِ الْغَلَطُ فِي الْقَبْضِ دُونَ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَلَا يُؤْثِّرُ الْغَلَطُ فِي قَبْضِ عَوَضِهِ فِي صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : إِذَا اقْتَسَمَ^(٢٥) الشَّرِيكَانِ شَيْئًا ، فَبَانَ بَعْضُهُ مُسْتَحَقًّا ؛ نَظَرْتُ ، فَإِنْ كَانَ

(٢٠) ف ب ، م : : شهد .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) ف م : : يمنع .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) ف ب : : السلم .

(٢٥) في الأصل : : قسم .

مُعِينًا فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَبْطُلُ ، بَلْ يُخَيَّرُ مَنْ ظَهَرَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ ، كَالْوَجَدِ عَيْنًا فِيمَا أَخَذَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا قِسْمَةٌ لَمْ تُعَدَّلْ فِيهَا السَّهَامُ ، فَكَانَتْ بَاطِلَةً ، كَالْوَفَعَلَا ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِمَا بِالْحَالِ . وَأَمَّا إِذَا بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَعِيًّا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُمْنَعَ الْمَسْأَلَةُ ، فَنَقُولُ بِبُطْلَانِ الْقِسْمَةِ ؛ لِعَدَمِ التَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّ الْعَيْبَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُؤْتَرْ فِي الْبُطْلَانِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ مَا بَقِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْمُسْتَحَقِّ قَدَرُ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ حَقِّ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، وَقَدْ أَفْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَرَرُ الْمُسْتَحَقِّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ ، مِثْلُ أَنْ يَسُدَّ طَرِيقَهُ ، أَوْ مَجَرَى مَائِهِ ، أَوْ وَضُوئِهِ ، أَوْ نَحْوِ هَذَا ، فَتَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَمْنَعُ التَّعْدِيلَ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، بَطَلَتْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ / الْمُسْتَحَقُّ مُشَاعًا فِي نَصِيبِهِمَا^(٢٦) ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ الثَّالِثَ^(٢٧) شَرِيكُهُمَا وَقَدْ اقْتَسَمَا مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ وَلَا إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو كَانَهُمَا شَرِيكَ يَعْلَمَانِهِ ، فَاقْتَسَمَا دُونَهُ . وَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الْمُسْتَحَقَّ حَالَ الْقِسْمَةِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْوَلَمْ يَعْلَمَاهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٥٦/١١ و

فصل : وَإِذَا ظَهَرَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا عَيْبٌ لَمْ يَعْلَمْهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَلَهُ فَسْخُ الْقِسْمَةِ أَوْ الرُّجُوعُ بِأَرْضِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ فِي نَصِيبِهِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَالْمُشْتَرِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيهَا شَرْطٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَا دَارَتَيْنِ ، فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا ، وَبَنَى فِيهَا ، أَوْ اقْتَسَمَا أَرْضَيْنِ ، فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ أَوْ غَرَسَ ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نَصِيبُهُ ، وَنَقَضَ بِنَاؤَهُ ، وَقُلِعَ^(٢٨)

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « نَصِيبُهُمَا » .

(٢٧) فِي م : « الثَّلَاثُ » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « وَقُطِعَ » .

غَرَسُهُ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصْفِ الْبِنَاءِ وَالْغَرَسِ . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ^(٢٩) أَبُو جَعْفَرٍ ^(٢٩) ، وَحَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ^(٣٠) ؛ لِأَنَّهُ بَنَى وَغَرَسَ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِنَقْصِ ذَلِكَ عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى فِي مِلْكِ نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّ الدَّارَيْنِ لَا يُقْسَمَانِ قِسْمَةَ إِجْبَارٍ عَلَى أَنْ تَكُونَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، وَإِنَّمَا يُقْسَمَانِ كَذَلِكَ بِالتَّرَاضِي ، فَتَكُونُ جَارِيَةً مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَلَوْ بَاعَهُ الدَّارَ جَمِيعَهَا ، ثُمَّ بَانَتْ مُسْتَحَقَّةٌ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ كُلِّهِ ، فَإِذَا بَاعَهُ نَصْفَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنَصْفِهِ ، وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي كُلِّ قِسْمَةٍ جَارِيَةٍ مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَهِيَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي ، كَالَّذِي ^(٣١) فِيهِ رَدُّ عَوْضٍ ، وَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَتِهِ لَضَرَرٍ فِيهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . فَأَمَّا قِسْمَةُ الْإِجْبَارِ ، إِذَا ظَهَرَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا بَعْدَ الْبِنَاءِ وَالْغَرَسِ فِيهِ ، فَتُقْضَى الْبِنَاءُ ، وَقِيلَ الْغَرَسُ ، فَإِنْ قُلْنَا : الْقِسْمَةُ بَيْعٌ . فَالْحُكْمُ / فِيهَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ بَيْعًا . لَمْ يَرْجِعْ ؛ لِأَنَّ شَرِيكَه لَمْ يُغْرِه ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ ^(٣٢) إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا أَفْرَزَ حَقَّهُ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ لَهُ مَا غَرِمَ فِيهِ . هَذَا الَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا .

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَ الْوَرَثَةُ تَرَكَةَ الْمَيِّتِ ، ثُمَّ بَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا وِفَاءَ لَهُ إِلَّا مِمَّا اقْتَسَمُوهُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِيهَا ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا بِغَيْرِ رِضَاهِمَ ، فَأَشْبَهَ تَعَلُّقَ دَيْنِ الْجَنَائِيَةِ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ، وَيُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ ^(٣٣) بِهِ بِرِضَى مَالِكِهِ وَاخْتِيَارِهِ . فَعَلَى هَذَا يُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : إِنْ شِئْتُمْ وَفَيْتُمْ الدَّيْنَ وَالْقِسْمَةَ بِحَالِهَا ، وَإِنْ أُبَيِّتُمْ ^(٣٤) تُقْضَى الْقِسْمَةُ وَيَبْعَثُ التَّرَكَةُ فِي الدَّيْنِ . فَإِنْ أَجَابَ أَحَدُهُمْ ، وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ، يَبْعَثُ نَصِيبُ الْمُتَمَتِّعِ وَحْدَهُ ، وَيَقَى نَصِيبُ الْمُجِيبِ بِحَالِهِ . وَإِنْ كَانَتْ ^(٣٥) ثُمَّ وَصِيَّةٌ

(٢٩-٢٩) لم يرد في : الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في م : « الذي » .

(٣٢) في ب ، م : « ينقل » .

(٣٣) في ب ، م : « يتعلق » .

(٣٤) في ب ، م : « شتم » .

(٣٥) في ب ، م : « كان » .

بجزءٍ من المَقْسُومِ ، فالحكمُ فيه كالمو^(٣٦) ظهر مُسْتَحَقًّا ، على ما مرَّ من التَّفْصِيلِ فيه ؛
لأنَّه يُسْتَحَقُّ أَخْذُهُ . وإنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ بِمَالٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، مثلُ أَنْ يُوصِيَ بِمِائَةِ دِينَارٍ ،
فَحُكْمُهَا حُكْمُ الدِّينِ ، على ما يَبَيَّنُ .

فصل : وإذا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْآخَرِ الْمُهَيَّأَةَ مِنْ غَيْرِ قِسْمَةٍ ، إمَّا فِي الْأَجْزَاءِ
بأنْ يَجْعَلَ لِأَحَدِهِمَا بَعْضَ الدَّارِ يَسْكُنُهَا ، أَوْ بَعْضَ الْحَقْلِ يَزْرَعُهَا ، وَيَسْكُنَ الْآخَرُ ،
وَيَزْرَعُ فِي الْبَاقِي^(٣٧) ، أَوْ يَسْكُنَ أَحَدُهُمَا ، وَيَزْرَعُ سَنَةً ، وَيَسْكُنَ الْآخَرُ ، وَيَزْرَعُ سَنَةً
أُخْرَى ، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهُمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُجْبَرُ ؛
لأنَّ فِي الْاِمْتِنَاعِ مِنْهُ ضَرَرٌ ، فَيَنْتَفِي بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٣٨) .
وَوَافَقَنَا أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَبِيدِ خَاصَّةً ، عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُهَيَّأَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُهَيَّأَةَ
مُعَاوِضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا كَالْبَيْعِ ، وَلأنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ^(٣٩) الْمَنْفَعَةِ عَاجِلٌ ، فَلَا يَجُوزُ
تَأْخِيرُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، كَالدِّينِ ، وَكَأَيُّ الْعَبِيدِ^(٤٠) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَيُخَالِفُ قِسْمَةَ الْأَصْلِ ،
فإنَّه إِفْرَازُ النَّصِيبَيْنِ^(٤١) ، / وَتُمَيِّزُ أَحَدَ الْحَقِّينِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُمَا إِنْ^(٤٢) اتَّفَقَا عَلَى
الْمُهَيَّأَةِ ، جَازَ ؛ لأنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، فَجَازَ فِيهِمَا تَرْضَايَا عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ التَّرَاضِي ، وَلَا يَلْزَمُ ، بَلْ
مَتَى رَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنْهَا ، انْتَقَضَتِ الْمُهَيَّأَةُ . وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ،
وَانْتَقَضَتِ الْمُهَيَّأَةُ . وَوَافَقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ فِي انْتِقَاضِهَا بِطَلَبِ الْقِسْمَةِ . وَقَالَ
مَالِكٌ : تَلْزَمُ الْمُهَيَّأَةُ ؛ لأنَّه يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، فَلِزِمَتْ ، كَقِسْمَةِ الْأَصْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
بَذَلُ مَنَافِعَ لِيَأْخُذَ مَنَافِعَ مِنْ غَيْرِ إِجَارَةٍ ، فَلَمْ يَلْزَمْ ، كَمَا لَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا لِيُعِيرَهُ شَيْئًا آخَرَ إِذَا
اِحْتَاكَجَ إِلَيْهِ ، وَفَارَقَ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا إِفْرَازُ^(٤٣) حَقِّ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) في الأصل : « الثاني » .

(٣٨) في م : « ضرار » . وتقدم ترجمته ، في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) في ب ، م ، « في » .

(٤٠-٤١) سقط من : الأصل .

(٤١) في م : « إذا » .

(٤٢) في الأصل : « إقرار » .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا ، وَحَصَلَ لِبَعْضِهِمْ فِيهَا زِيَادَةُ أَذْرُعَ ، وَلِبَعْضِهِمْ نُقْصَانٌ ، ثُمَّ بَاعُوا الدَّارَ جُمْلَةً وَاحِدَةً : قُسِمَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْأَذْرُعِ . يَعْنِي أَنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمْ فِيهَا ، وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ زِيَادَةَ أَحَدِهِمَا فِي الْأَذْرُعِ كَزِيَادَةِ^(٤٣) مِلْكِهِ فِيهَا . مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا الْخُمُسَانِ ، فَيَحْصُلُ لَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ ، فَيَحْصُلُ لَهُ سِتُّونَ ، فَإِنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا فِي الدَّارِ ،^(٤٤) فَأَمَّا إِنْ^(٤٥) كَانَتْ زِيَادَةُ الْأَذْرُعِ لِرَدَاةٍ مَا أَخَذَهُ صَاحِبُهَا ، مِثْلُ دَارٍ تَكُونُ^(٤٦) بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنْ جِيدِهَا أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا ، وَأَخَذَ الْآخَرُ مِنْ رَدِيئِهَا سِتِّينَ ذِرَاعًا ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَسَّمِ الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ الْأَذْرُعِ ، بَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ السَّتِينَ هَهُنَا مَعْدُولَةٌ بِالْأَرْبَعِينَ ، فَكَذَلِكَ يُعَدَّلُ بَهَا^(٤٧) فِي الثَّمَنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا كَانَتْ أَرْبَعَةُ سَطُوحٍ ، يَجْرِي عَلَيْهَا الْمَاءُ ، فَلَمَّا اقْتَسَمُوا أَرَادَ أَحَدُهُمْ مَنَعَ جَرِيَانِ مَاءِ الْآخَرِ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ قَدْ صَارَ لِي . قَالَ : إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَرْطٌ أَنَّهُ يَرُدُّ الْمَاءَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ . وَوَجْهُهُ أَنََّّهُمْ اقْتَسَمُوا الدَّارَ وَأَطْلَقُوا ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَمْلِكَ / كُلُّ وَاحِدٍ حِصَّتَهُ بِحَقِّهَا ، وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِحَقِّهَا ، وَمِنْ حَقِّهَا جَرِيَانِ مَائِهَا فِي مَاءٍ كَانَ يَجْرِي إِلَيْهِ مُعْتَادًا لَهُ ، وَهُوَ عَلَى سَطْحِ الْمَانِعِ ، فَلِهَذَا اسْتَحَقَّهُ حَالَةَ الْإِطْلَاقِ ، فَإِنْ تَشَارَطَا عَلَى رَدِّهِ ، فَالْشَّرْطُ أَمْلَكُ ، وَالْمُؤَمَّنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا اقْتَسَمَا دَارًا ، فَحَصَلَتْ^(٤٨) الطَّرِيقُ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَكَانَ لِنَصِيبِ الْآخَرِ مَنْفَذٌ يَتَطَرَّقُ مِنْهُ ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَقْتَضِي التَّعْدِيلَ ، وَالنَّصِيبُ الَّذِي لَا طَرِيقَ لَهُ لَا قِيمَةَ لَهُ إِلَّا قِيمَةً قَلِيلَةً ، فَلَا يَحْصُلُ التَّعْدِيلُ ، وَلِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْإِجْبَارِ عَلَى الْقِسْمَةِ ، أَنْ يَكُونَ مَا يَأْخُذُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ ، وَهَذَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ آخِذُهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَذَهُ رَاضِيًا بِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لَهُ ،

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « زِيَادَةُ » .

(٤٤ - ٤٥) فِي ب ، م : « فَإِنْ » .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « فِيهَا » .

(٤٧) فِي ب ، م : « فَحَصَلَ » .

جَازَ ؛ لَأَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي بَيَّعَ ، وَشَرَاوَهُ عَلَى هَذَا الرَّجْهِ جَائِزٌ ، وَقِيَاسُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ ، أَنَّ الطَّرِيقَ تَبَقَّى بِحَالِهَا فِي نَصِيبِ الْآخَرِ ، مَا لَمْ يَشْتَرِطْ صَرْفُهَا عَنْهُ ، كَمَا جَرَى الْمَاءُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قال : ولأبِ والوصي قِسْمَةُ مَالِ الصَّغِيرِ مَعَ شَرِيكِهِ ؛ لَأَنَّ الْقِسْمَةَ إِمَّا إِفْرَازٌ^(٤٨) حَقٌّ ، أَوْ بَيْعٌ ، وَكِلَاهُمَا جَائِزٌ لَهُمَا ، وَلَأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَصْلَحَةً لِلصَّبِيِّ ، فَجَازَتْ ، كَالشِّرَاءِ لَهُ ، وَيَجُوزُ لُهُمَا قِسْمَةُ التَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ فِي الْعَوَضِ ؛ لَأَنَّ فِيهِ دَفْعًا لَضَرَرِ الشَّرَكَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ لَضَرَرَ الْحَاجَةَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ ، أَوْ الْحَاجَةَ إِلَى التَّفَقُّعِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ الْقَضَاءِ إِلَّا بِتَوَلِّيَةِ الْإِمَامِ ، أَوْ مَنْ قُوِّضَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ ذَلِكَ^(٤٩) ، فَإِنْ كَانَ مَنْ وَلَّاهُ لَيْسَ بِعَدِلٍ ، فَهَلْ تَصَحُّ وِلَايَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَيَلْزَمُ الْإِمَامُ أَنْ يَخْتَارَ لِلْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَفْضَلَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَهُمْ . وَالْأَلْفَاظُ الَّتِي تَتَعَقَّدُ بِهَا الْوِلَايَةُ تُنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ، الصَّرِيحُ سَبْعَةُ أَلْفَاظٍ ؛ وَهِيَ^(٥٠) : قَدْ وَلَّيْتُكَ الْحُكْمَ ، وَقَدْ لَدْتُكَ ، وَاسْتَنْبَيْتُكَ ، وَاسْتَخْلَفْتُكَ ، وَرَدَدْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ ، وَقَوَّضْتُ إِلَيْكَ ، وَجَعَلْتُ إِلَيْكَ . فَبِإِذَا وَجَدَ أَحَدُ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ مِنَ الْمُؤَلَّى ، وَجَوَّابُهَا مِنَ الْمُؤَلَّى بِالْقَبُولِ ، / انْعَقَدَتِ الْوِلَايَةُ . وَأَمَّا الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ أَرْبَعَةُ أَلْفَاظٍ : قَدْ اعْتَمَدْتُ عَلَيْكَ ، وَعَوَّلْتُ عَلَيْكَ ، وَوَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَأَسْنَدْتُ إِلَيْكَ . فَلَا تَتَعَقَّدُ الْوِلَايَةُ بِهَا حَتَّى تَقْتَرَنَ بِهَا قَرِينَةٌ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : فَاحْكُمْ فِيمَا وَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَانْظُرْ فِيمَا أَسْنَدْتُ إِلَيْكَ ، وَتَوَلَّ مَا عَوَّلْتُ فِيهِ^(٥١) عَلَيْكَ . وَإِذَا صَحَّتِ الْوِلَايَةُ ، وَكَانَتْ عَامَّةً ، اسْتِفَادَ بِهَا النَّظَرُ فِي عَشْرَةِ أَشْيَاءَ : فَصَلَّيَ الْخُصُومَاتِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ ، وَاسْتِيفَاءَ الْحَقِّ مِمَّنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ ، وَدَفْعَهُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَالنَّظَرَ فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ ، وَالْحَجَرَ عَلَى مَنْ يَرَى الْحَجَرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ^(٥٢) أَوْ فَلْسٍ ، وَالنَّظَرَ فِي الْوُقُوفِ ، فِي عَمَلِهِ فِي حِفْظِ أَصُولِهَا ، وَإِجْرَاءِ فُرُوعِهَا عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ، وَتَرْوِيجِ الْأَيَّامِ اللَّاتِي لَا أَوْلِيَاءَ لَهُنَّ ، وَإِقَامَةَ الْحُدُودِ ، وَالنَّظَرَ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِي عَمَلِهِ بِكَيْفِ الْأَذَى عَنْ طُرُقَاتِ

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : « إِفْرَازٌ » .

(٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « بِسَفِهِ » .

المُسلمينَ ، وأُفْنِيَتَهُمْ ، وَتَصَفُّحُ حَالِ شُهُودِهِ وَأَمَنَائِهِ ، وَالاسْتِبْدَالُ بِمَنْ ثَبَّتَ جَرْحُهُ مِنْهُمْ ، وَالْإِمَامَةُ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ . وَفِي جَبَايَةِ الْحَرَاكِجِ ، وَأَخِذِ الصَّدَقَةِ وَجْهَانِ .

فصل: ^(٥٢) وَيُوصِي الْوُكَلَاءَ وَالْأَعْوَانَ ^(٥٣) عَلَى بَابِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَالرَّفَقِ بِالْخُصُومِ ، وَقَلَّةِ الطَّمَعِ ، وَيَجْتَهِدُ أَنْ لَا ^(٥٤) يَكُونُوا إِلَّا ^(٥٤) شِوْخَاءَ أَوْ كُهُولًا مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالصَّبِيَانَةِ وَالْعِفَّةِ .

فصل: قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : يُكْرَهُ لِلْقَاضِي أَنْ يُفْتِيَ فِي الْأَحْكَامِ . كَانَ شُرَيْحٌ يَقُولُ : أَنَا أَقْضِي وَلَا أُفْتِي . وَأَمَّا الْفُتْيَا فِي الطَّهَارَةِ وَسَائِرِ مَا لَا يُحْكَمُ فِي مِثْلِهِ ، فَلَا بَأْسَ بِالْفُتْيَا فِيهِ ^(٥٥) .

(٥٢) فِي ب ، زِيَادَةٌ : « قَالَ » .

(٥٣) فِي ب ، م : « وَالْأَعْيَانِ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٥٥) جَاءَ بَعْدَ هَذَا فِي م : بَابُ الْحِضَانَةِ . وَلَمْ يَرِدْ فِي سَائِرِ الْمَخْطُوطَاتِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا فِيهِ فِي : بَابِ مَنْ أَحَقَّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ ، فِي ٤١٢/١١ - ٤٣٣ . وَبَعْدَ الْبَحْثِ تَبَيَّنَ أَنَّ هَذَا الْبَابَ فِي م مَقُولٌ مِنَ الشَّرْحِ الْكَبِيرِ ٢٣٢/٥ - ٢٤١ . فَرَاغَهُ

كتاب الشَّهادات

والأصل فيها^(١) الكتاب والسنة والإجماع والعبرة ؛ أما الكتاب ، فقول الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(٢) . وقال تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(٣) . ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾^(٤) . وأما السنة ، فما رَوَى / وائل بن حُجْرٍ ، قال : جاء رجلٌ من حَضْرَمَوْتٍ ، ورجلٌ من كِنْدَةٍ ، إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقال الحَضْرَمِيُّ : يا رسول الله ، إن هذا غَلْبَنِي على أرضي . فقال الكِنْدِيُّ : هي أرضي ، وفي يدي ، وليس له فيها حقٌ . فقال النَّبِيُّ ﷺ للحَضْرَمِيِّ : « أَلَكِ بَيْنَةُ ؟ » . قال : لا . قال : « فَلَكِ يَمِينُهُ » . قال : يا رسول الله ، الرجلُ فاجِرٌ لا يُبَالِي على ما حَلَفَ عليه ، وليس يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ . قال : « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ » . قال : فانْطَلَقَ الرجلُ لِيَحْلِفَ له ، فقال رسولُ الله ﷺ لَمَّا أَدْبَرَ : « لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لَيَأْكُلَهُ ظُلْمًا ، لَيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ » . قال التِّرْمِذِيُّ^(٥) : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدٍ اللَّهُ الْعُرْزَمِيُّ^(٦) ، عن عمرو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَيْنَةُ عَلَى الْمُدْعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ »^(٧) . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حديثٌ في إسناده مقالٌ ، والعُرْزَمِيُّ يُضَعِّفُ في الحديثِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ ، ضَعَّفَهُ ابْنُ الْمُبَارَكِ وَغَيْرُهُ ، إِلَّا أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ أَجْمَعُوا عَلَى هَذَا . قال التِّرْمِذِيُّ : وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ

(١) في ب ، م : « في الشهادات »

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) سورة الطلاق ٢ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤ / ١٣ .

(٥) في م : « العزرمي » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧ / ٦ . وانظر : ٥٢٥ / ٦ ، ٥٣٠ / ١٠ .

وغيرهم . ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التّجّاحدين الناس ، فوجب الرجوع إليها . قال شريح : القضاء جَمَرٌ ، فَنَحَى عَنْكَ بَعْدَينِ ^(٧) . يعنى الشّاهدين . وإنّما الخصم داءٌ ، والشّهودُ شفاءٌ ، فأفرغ الشفاء على الداء ^(٨) .

فصل : وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ ^(٩) . وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ ^(١٠) . وإنّما خصّ القلب بالإنم ؛ لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة ، فلزم أداؤها ، كسائر الأمانات . إذا ثبت هذا ، فإن دعى إلى تحمّل شهادة في نكاح أو دين أو غيره ، لزمته الإجابة ، وإن كانت عنده شهادة فدعى إلى أدائها ، لزمه ذلك ، فإن قام بالفرض في التحمّل أو الأداء اثنان ، سقط عن الجميع ، وإن امتنع الكل أئثموا ، وإنّما / ٥٩/١١ يائثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضررٌ ، وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضررٌ في التحمّل أو الأداء ، أو كان ممن لا تقبل شهادته ، أو يحتاج إلى التبدّل في التزكية ونحوها ، لم يلزمه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ ^(١١) . وقول النبي ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(١٢) . ولأنه لا يلزمه أن يضُرَّ نفسه لينتفع ^(١٣) غيره . وإذا كان ممن لا تقبل شهادته ، لم يجب عليه ؛ لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه . وهل يائثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يائثم ؛ لأنه قد تعيّن بدعائه ، ولأنه منهي عن الامتناع بقوله : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ . والثاني ، لا يائثم ؛ لأن غيره يقوم مقامه ، فلا ^(١٤) يتعيّن في حقه ، كالو لم يدع إليها . فأما قول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ . فقد روى ^(١٥) بالفتح والرفع ، فمن رفع فهو خبرٌ ، معناه النهي ،

(٧) انظر : أخبار القضاة ، لوكيع ٢٨٩/٢ .

(٨) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٩) سورة البقرة ٢٨٣ .

(١٠) في م : « ضرر » . وتقدم تخريجه ، في : ١٤٠/٤ .

(١١) في ب ، م : « لنفع » .

(١٢) في ب ، م : « فلم » .

(١٣) في م : « قرئ » .

(١٤) وَيَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْكَاتِبُ فَاعِلًا^(١٤) ؛ أَيْ لَا يُضَرُّ الْكَاتِبُ وَالشَّهِيدُ مَنْ يَدْعُوهُ ، بَأَنْ لَا يُجِيبَ ، أَوْ يَكْتُبَ مَا لَمْ يُسْتَكْتَبْ ، أَوْ يَشْهَدَ مَا لَمْ^(١٥) يُسْتَشْهَدْ بِهِ .
والثاني ، أَنْ يَكُونَ « يُضَارَّ » فَعْلٌ مَا لَمْ يُسَمَّ فاعله ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَمَعْنَى الْفَتْحِ وَاحِدًا ؛ أَيْ لَا يُضَرُّ الْكَاتِبُ وَالشَّهِيدُ بَأَنْ^(١٦) يُقْطَعَا عَنْ شُعْلِهِمَا بِالْكِتَابَةِ وَالشَّهَادَةِ ، وَيُمْنَعَا حَاجَتُهُمَا . وَاشْتِقَاقُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يُخْبِرُ عَمَّا يَشَاهِدُهُ . وَقِيلَ :
لِأَنَّ الشَّاهِدَ بِخَبَرِهِ يَجْعَلُ^(١٧) الْحَاكِمَ كَالْمُشَاهِدِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَتُسَمَّى بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهَا تُبَيِّنُ مَا التَّبَسَّسَ ، وَتُكْشِفُ الْحَقَّ فِيمَا اخْتَلَفَ فِيهِ .

١٨٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِي الرَّئْيِ إِلَّا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ عُذُولٍ أَحْرَارٍ مُسْلِمِينَ)

أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي^(١) الرَّئْيِ أَقْلٌ مِنْ أَرْبَعَةِ شُهُودٍ . وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴾^(٢) . فِي آيٍ سِوَاهَا . وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ^(٣) قَالَ : « أَرْبَعَةٌ ، وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ »^(٤) فِي أَخْبَارٍ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ^(٥) يُشْتَرَطُ كَوْنُهُمْ مُسْلِمِينَ ، عُذُولًا ، ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا . / وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونُوا رِجَالًا أَحْرَارًا ، فَلَا تُقْبَلُ^(٦) شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَلَا الْعَبِيدِ .^(٧) وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَشَدَّ أَبُو ثَوْرٍ ، فَقَالَ : تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْعَبِيدِ^(٨) .

(١٤-١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ب : « بما » .

(١٦) في ب : « أن » .

(١٧) في ب ، م : « جعل » .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سورة النور ١٣ .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٥) في ب زيادة : « فيه » .

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

وَحَكَى عَنْ عَطَاءٍ ، وَحَمَّادٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : تَجُوزُ شَهَادَةُ ثَلَاثَةِ رِجَالٍ وَامْرَأَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ وَاحِدٌ مِنْ عَدَدِ الرِّجَالِ ، فَقَامَ مَقَامَهُ امْرَأَتَانِ ، كَالْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، ظَاهِرُ الْآيَةِ ، وَأَنَّ الْعَبْدَ مُخْتَلَفٌ فِي شَهَادَتِهِ فِي الْمَالِ ، فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي الْحَدِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالشُّبُهَاتِ ^(٧) يَنْدَرِي ، وَلَا يَصِحُّ ^(٨) قِيَاسُ هَذَا عَلَى الْأَمْوَالِ ؛ لِخِفَةِ حُكْمِهَا ، وَشِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى إِبْتَاتِهَا ، لِكَثْرَةِ وَقُوعِهَا ، وَالِاخْتِيَاظِ فِي حِفْظِهَا ، وَلِهَذَا زِيدَ فِي عَدَدِ شُهَدَاءِ الزَّيْنَى عَلَى شُهَدَاءِ الْمَالِ .

فصل : وفي الإفراق بالزَّيْنَى رَوَاتَانِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ ؛ قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الْأَقَارِيرِ . وَالثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِحَدِّ الزَّيْنَى ، أَشْبَهَ فِعْلُهُ .

١٨٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِيْمَا سِوَى الْأَمْوَالِ ، مِمَّا يُطْلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، أَقْلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ)

وَهَذَا الْقِسْمُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْعُقُوبَاتُ ، وَهِيَ الْحُدُودُ وَالْقِصَاصُ ، فَلَا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ ^(١) عَطَاءٍ ، وَحَمَّادٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يُقْبَلُ فِيهِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ؛ قِيَاسًا عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا يُحْتَاطُ لِدَرَرَتِهِ وَإِسْقَاطِهِ ، وَلِهَذَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، وَلَا تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَى إِبْتَاتِهِ ، وَفِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ شُبْهَةٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ ^(٢) . وَأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ ، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُنَّ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى الْمَالِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ،

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) في ب ، م : « يصلح » .

(١) في م : « على » .

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَاتَّفَقَ هَؤُلَاءُ وَغَيْرُهُمْ عَلَى أَنَّهَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، مَا حَلَا الزَّئْيَ ، إِلَّا الْحَسَنَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : الشَّهَادَةُ عَلَى الْقَتْلِ ، كَالشَّهَادَةِ / عَلَى الزَّئْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ إِتْلَافُ النَّفْسِ ، فَأَشْبَهَ الزَّئْيَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ الْقِصَاصَ فِي الطَّرْفِ ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْوَصْفِ لَا أَثَرُ لَهُ ، فَإِنَّ الزَّئْيَ الْمُوجِبَ لِلْحَدِّ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةٍ ، وَلِأَنَّ حَدَّ الزَّئْيِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى يُقْبَلُ الرَّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ . وَيُعْتَبَرُ فِي شَهَادَةِ هَذَا النَّوْعِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالذِّكُورِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ وَالْعَدَالَةِ ، مَا يُعْتَبَرُ فِي شَهَادَةِ الزَّئْيِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الثَّانِي ، مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ كَالنِّكَاحِ ، وَالرَّجْعَةِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْعَتَاقِ ، وَالْإِيْلَاءِ ، وَالظُّهَارِ ، وَالنَّسَبِ ، وَالتَّوَكُّيلِ ، وَالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، وَالْوَلَاءِ ، وَالكِتَابَةِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا . فَقَالَ الْقَاضِي : الْمُعْوَلُ ^(٣) عَلَيْهِ فِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّ هَذَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ذَكَرَيْنِ ، وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ بِحَالٍ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ . وَقَدْ نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْوَكَالَةِ : إِنْ كَانَتْ بِمُطَالَبَةِ دَيْنٍ - يَعْنِي تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ - فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا . وَوَجْهُ ذَلِكَ ؛ أَنَّ الْوَكَالَةَ فِي اقْتِضَاءِ الدَّيْنِ يُقْصَدُ مِنْهَا الْمَالُ ، فَيُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، كَالْحَوَالَةِ . قَالَ الْقَاضِي : فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا ، أَنَّ النِّكَاحَ وَحَقُّوقَهُ ، مِنَ الرَّجْعَةِ وَشِبْهِهَا ، لَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَمَا عَدَاهُ يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُخْرَجُ فِي النِّكَاحِ وَالْعَتَاقِ أَيْضًا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ النَّخَعِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَأَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَرَبِيعَةَ ، فِي الطَّلَاقِ . وَالثَّانِيَةِ ، تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ وَامْرَأَتَيْنِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَإِبْرَاهِيمَ بْنِ مُعَاوِيَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ عَنْ عَطَاءٍ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالشَّبْهِةِ ، فَيَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، كَالْمَالِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا يُقْصَدُ ^(٤) مِنْهُ الْمَالُ ، وَيَطْلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلنِّسَاءِ فِي

(٣) فِي ب : « الْمُعْوَل » .

(٤) فِي ب ، م : « الْمَقْصُود » .

٦٠/١١ ط شهادته مدخل ، كالحُدود والقصاص . وما ذكروه لا يصح ؛ فإنَّ الشبهة لا مدخل لها في النكاح ، وإنْ تَصَوَّرَ بأنْ تُكُونَ المرأةُ مُرتابةً بالحمل ، لم يصحَّ النكاح .

فصل : وقد نُقِلَ عن أحمد ، رَضِيَ اللهُ عنه ، في الإغسار ما يُدُلُّ على أنَّه لا يَثْبُتُ إِلَّا بثلاثة ؛ لحديث قَبِيصَةَ بْنِ الْمُخَارِقِ : « حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَامِ مِنْ قَوْمِهِ ، لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةً » ^(٥) . قال أحمدُ : هكذا جاء الحديث . فظاهرُ هذا أنَّه أَخَذَ به . وَرَوَى عنه ، أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ ^(٦) إِنَّهُ وَصَّى ، حَتَّى يَشْهَدَ لَهُ رَجُلَانِ ، أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ . فظاهرُ ^(٧) هَذَا أَنَّهُ يَقْبَلُ فِي الْوَصِيَّةِ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ . وقال في الرجل يُوصى ولا يحضره إِلَّا النساءُ . قال : أُجِيزُ شَهَادَةَ النِّسَاءِ ، فظاهرُ هذا أَنَّهُ أَثَبَّتَ الْوَصِيَّةَ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ ، إِذَا لَمْ يَحْضُرْهُ الرِّجَالُ . قال القاضي : والمذهبُ أَنَّ هَذَا كُلَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، وحديثُ قَبِيصَةَ فِي حِلِّ الْمَسْأَلَةِ ، لَا فِي الْإِغْسَارِ .

فصل : ولا يَثْبُتُ شَيْءٌ مِنْ هَذَيْنِ التَّوَعْنَيْنِ بِشَاهِدٍ وَبِمَيْنِ الْمُدَّعَى ؛ لَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، فَلَمَّا يَثْبُتْ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ وَبِمَيْنِ أُولَى . قال أحمدُ ، ومالكُ ، في الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ : إِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً ، لَا يَقَعُ فِي حَدٍّ ، وَلَا نِكَاحٍ ، وَلَا طَلَاقٍ ، وَلَا عَتَاقَةٍ ، وَلَا سَرَقَةٍ ، وَلَا قَتْلِ . وقد قال الْخِرَقِيُّ : إِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، وَأَتَى بِشَاهِدٍ ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَصَارَ حُرًّا . ونَصَّ عليه أحمدُ . وقال في شَرِيكَيْنِ فِي عِبْدٍ ، ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَه أَعْتَقَ حَقَّهُ مِنْهُ ، وَكَانَا مُغْسِرَيْنِ عَدْلَيْنِ : فَلِلْعَبْدِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيَصِيرَ حُرًّا ، أَوْ يَحْلِفَ مَعَ أَحَدِهِمَا وَيَصِيرَ نِصْفَهُ حُرًّا . فَيُخْرَجُ مِثْلُ هَذَا فِي الْكِتَابَةِ ، وَالْوَلَاءِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْوَدِيعَةِ ، وَالْوَكَالَةِ ، فَيَكُونُ فِي الْجَمِيعِ رَوَايَتَانِ ، مَا خَلَا الْعُقُوبَاتِ الْبَدَنِيَّةَ ، وَالنِّكَاحَ ، وَحَقُّوقَهُ ، فَإِنَّهَا لَا تَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَبِمَيْنٍ ، قَوْلًا وَاحِدًا . قال القاضي : الْمَعْمُولُ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ ، أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٧) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أَبِي

(٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٩/٤ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) لم نجده عند الدارقطني ، في سننه ، وعزاه السيوطي إلى أبي نعيم ، وابن منده في المعرفة ، والديلمي . الجامع الكبير ١٠٥/١ .

هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اسْتَشْرْتُ جَبْرِيلَ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، فَأَشَارَ عَلَيَّ فِي الْأَمْوَالِ ، لَا تَعْدُو^(٨) ذَلِكَ » . وقال عمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ؟ / قال : نعم في الأموال . وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد ، وغيره^(٩) ، بإسنادهم .

١٨٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ أَقْلٌ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَرَجُلٍ عَدِلَ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَالَ كَالْفَرَضِ ، وَالْعَصَبِ ، وَالذُّيُونِ كُلِّهَا ، وَمَا يُقَصَّدُ بِهِ الْمَالُ كَالْبَيْعِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالصُّلْحِ ، وَالْمُسَاقَاةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالشَّرَكَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَالْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ؛ كَجِنَايَةِ الْحَطِّ ، وَعَمْدِ الْحَطِّ ، وَالْعَمْدِ الْمُوجِبِ لِلْمَالِ دُونَ الْقِصَاصِ ، كَالْجَائِفَةِ ، وَمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ مِنَ الشُّجَاعِ ، تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ .^(١٠) وقال أبو بكر : لَا تَثْبُتُ الْجِنَايَةُ فِي الْبَدَنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ^(١١) ؛ لِأَنَّهَا جِنَايَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَهَا الْمَالَ ، فَأُشْبِهَتْ الْبَيْعَ ، وَفَارَقَ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوجِبُهُ . وَالْمَالُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوجِبُهُ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمَالَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ . وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ذَلِكَ فِي كِتَابِهِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ ﴾ .

(٨) في م ، ب : « تعد » .

(٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٣/١ . وأبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية ، سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين مع الشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٧/١ ، ١٦٨ . والشافعي ، انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند ١٧٨/٢ .

وأخرجه دون لفظ : « نعم في الأموال » مسلم ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ . وابن ماجه ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ . (١-١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴿٢﴾ .
وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ . وقد ذكرنا خبر أبي هُرَيْرَةَ ، وابنِ عَبَّاسٍ فِيهِ (٣) .

فصل : وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمُدَّعِيهِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . وروى ذلك عن أبي بكرٍ ، وعُمَرَ ، وعُثْمَانَ (٤) ، وعليٍّ (٥) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وهو قولُ الْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ ، وعُمَرَ ابنِ عبد العزيز ، والحسين ، وشُرَيْحٍ ، وإِيَّاسَ ، وعبد الله بن عُتْبَةَ ، وأبِي سَلَمَةَ بنِ عبد الرَّحْمَنِ ، ويحيى بن يَعْمَرَ ، وربيعة ، ومالكٍ ، وابن أبي ليلى ، وأبِي الزَّنادِ ، والشَّافِعِيُّ . وقال الشَّعْبِيُّ ، والنَّحْعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، والأَوْزَاعِيُّ : لَا يُقْضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . وقال مُحَمَّدُ بنُ الْحَسَنِ : مَنْ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ، نَقَضْتُ حُكْمَهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ . فَمَنْ زَادَ فِي ذَلِكَ ، فَقَدْ زَادَ فِي النَّصِّ ، وَالزِّيَادَةُ فِي النَّصِّ نَسْخٌ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . فَحَصَرَ الْيَمِينُ فِي جَانِبِ / الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، كَمَا حَصَرَ الْبَيِّنَةُ فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى . وَلَنَا ، مَا رَوَى سُهَيْلٌ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ . رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي « سُنَنِهِ » ، وَالْأئِمَّةُ مِنْ أَهْلِ السُّنَنِ وَالْمَسَانِيدِ (٦) ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ (٨) غَرِيبٌ ،

٦١/١١ ظ

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) تقدما في صفحة ١٢٨ ، ١٢٩ .

(٤) ما روى عن أبي بكر وعمر وعثمان ، أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢١٥/٤ .

(٥) سقط من : ب . وأخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٩٠/٦ . والدارقطني ، في الكتاب السابق . سنن الدارقطني ٢١٢/٤ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٩/١٠ ، ١٧٠ ، ١٧١ .

(٦-٦) في : ب ، م : « من أنكر » . والحديث تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ . وانظر : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .
(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٨٩/٦ . من نفس الباب . وابن ماجه ، في : القضاء بالشاهد واليمين . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين مع الشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٨/١٠ ، ١٦٩ .

(٨) سقط من : الأصل ، ب .

وفي الباب عن عليّ ، وابن عباس ، وجابر ، وسُريق^(٩) . وقال النسائي^(١٠) : إسناده حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناده جيّد . ولأن اليمين تُشرع في حقّ مَنْ ظهر صدقه ، وقوى جانبه ، ولذلك شرعت في حقّ صاحب اليد لقوة جنته بها ، وفي حقّ المنكر لقوة جنته ، فإن الأصل براءة ذمته ، والمُدعى ههنا قد ظهر صدقه ، فوجب أن تُشرع اليمين في حقه . ولا حجة لهم في الآية ؛ لأنها دلّت على مشروعية الشاهدين ، والشاهد والمرأتين ، ولا نزاع في هذا . وقولهم : إن الزيادة في النصّ نسخ . غير صحيح ؛ لأنّ النسخ الرّفْع والإزالة ، والزيادة في الشيء تقرير له ، لا رَفْع ، والحكم بالشاهد واليمين لا يَمْنَعُ الحكم بالشاهدين ، ولا يَرَفَعُه ؛ ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ، ولم تكن نسخاً ، فكذلك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة في التَّحْمِيلِ دون الأداء ، ولهذا قال : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾^(١١) . والنزاع في الأداء ، وحديثهم ضعيف ، وليس هو للحَصْرِ ؛ بدليل أن اليمين تُشرع في حقّ المُودَع إذا ادّعى رَدَّ الْوَدِيعَةِ وتَلَفَهَا ، وفي حقّ الأَمْنَاءِ لظهور جانبهم^(١٢) ، وفي حقّ المَلَاعِين ، وفي القَسَامَةِ ، وتُشرع في حقّ البائع والمُشتري إذا اختلفا في الثَّمَنِ والسَّلْعَةِ قائمة . وقول محمد في نقض قضاء مَنْ قَضَى بالشاهد واليمين ، يَتَضَمَّنُ الْقَوْلُ بِنَقْضِ قِضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، والخلفاء الذين قَضَوْا به ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾^(١٣) . والقضاء بما قَضَى به محمد بن عبد الله ﷺ ، أولى من قضاء محمد بن الحسن المُخَالِفِ له .

فصل : قال القاضي : يجوز أن يَحْلِفَ على ما لا تُسَوِّغُ الشَّهَادَةُ عليه ؛ مثل

(٩) في ب ، م : « مسروق » تحريف . وانظر : عارضة الأخوذى ٩٠/٦ ، ونصب الرأية ١٠٠/٤ .

(١٠) في السنن الكبرى . انظر : تحفة الأشراف ١٨٧/٥ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) في ١ ، ب ، م : « جنابهم » .

(١٣) سورة النساء ٦٥ .

أن يجد بخطه دَيْتَاله على إنسانٍ ، وهو يَعْرِفُ أَنَّهُ لَا يَكْتُبُ إِلَّا حَقًّا ، ولم يَذْكُرْهُ ، أو يجد في رُزْمَانِج^(١٤) أبيه بخطه دَيْتَاله على إنسانٍ ، ويعْرِفُ من أبيه الأمانة ، وأنه لَا يَكْتُبُ إِلَّا حَقًّا ، فله أن يَحْلِفَ عليه ، ولا يجوزُ أن يشهدَ به ، ولو أخبره بحق أبيه ثَقَّةً ، فسكَنَ إليه ، جازَ أن يَحْلِفَ عليه ، ولم يَجْزُ له أن يشهدَ به . وهذا قال الشَّافِعِيُّ ، والفرق بين اليمين والشَّهادة من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أَنَّ الشَّهادةَ لغيره^(١٥) ، فَيَحْتَمِلُ أنْ مَنْ له الشَّهادةُ قد زوَّرَ على خطِّه ، ولا يَحْتَمِلُ هذا فيما يَحْلِفُ عليه ؛ لأنَّ الحقَّ إِنَّمَا هو للحالف ، فلا يُزَوِّرُ أحدٌ عليه . الثاني ، أنْ ما يَكْتُبُهُ الإنسانُ من حُقوقِهِ يَكْثُرُ فَيَنْسَى بعضَهُ ، بخلافِ الشَّهادةِ .

فصل : وكلُّ موضعٍ قُبِلَ فيه ^(١٦) الشَّهادةُ بالشَّاهدِ^(١٦) واليمينِ ، فلا فَرْقَ بين كَوْنِ المُدَّعَى مُسْلِمًا أو كافرًا ، عَدْلًا أو فاسقًا ، رجلًا أو امرأةً . نصَّ عليه أحمدٌ ؛ لأنَّ مَنْ شَرَعَتْ في حقه اليمينُ لَا يَحْتَلِفُ حُكْمُهُ باختلافِ هذه الأوصافِ ، كالمُنْكَرِ إِذَا لم تَكُنْ بَيِّنَةً .

فصل : قال أحمدٌ : مَضَّتِ السُّنَّةُ أن يُقْضَى باليمينِ مع الشَّاهدِ الواحدِ ، فإنْ أبى أن يَحْلِفَ ، اسْتَحْلِفَ المَطْلُوبُ . وهذا قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ . ويُرْوَى عن أحمدَ : فإنْ أبى المَطْلُوبُ أن يَحْلِفَ ، ثَبَتَ الحقُّ عليه .

فصل : ولا تُقْبَلُ شهادةُ امرأتينِ وَيَمِينُ المُدَّعَى . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال مالِكٌ : يُقْبَلُ ذلك في الأموال ؛ لِأَنَّهُمَا في الأموالِ أُقِيمَتَا مُقَامَ الرَّجُلِ ، فحلَفَ معهما ، كإِحْلَافِ مع الرجلِ . ولنا ، أَنَّ البَيِّنَةَ على المالِ إِذَا خَلَّتْ من رجلٍ لم تُقْبَلْ ، كالمُشْهَدِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بهذه الصورة ، فَإِنَّهُمَا لو أُقِيمَتَا مُقَامَ رَجُلٍ من كُلِّ وَجْهٍ ، لكَفَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ مُقَامَ رَجُلَيْنِ ، وَلَقَبِلَ^(١٧) في غيرِ / الأموالِ شَهادَةُ رَجُلٍ وامرأتينِ ، ولأنَّ شَهادَةَ المرأتينِ ضَعِيفَةٌ ، تَقَوَّتْ بِالرَّجُلِ ، واليمينُ ضَعِيفَةٌ ، فَيُضَمُّ ضَعِيفٌ إِلَى ضَعِيفٍ ، فلا يُقْبَلُ .

(١٤) أى : دفتره .

(١٥) في الأصل : « بغيره » .

(١٦-١٦) في ب ، م : « الشاهد » .

(١٧) في ب : « وقبيل » .

فصل : إذا ادَّعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من جزره ، وأقام بذلك شاهداً ، وحلف معه ، أو شهد له بذلك رجل وامرأتان ، وجب له المال^(١٨) المشهود به إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً ، ولا يجب القطع ؛ لأن هذه حجة في المال دون القطع . وإن ادَّعى على رجل أنه قتل وليه عمداً ، فأقام شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده ، لم يثبت قصاص ولا دية . والفرق بين المسألتين أن السرقة توجب القطع والغرم معاً ، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر ، والقتل العمد موجب القصاص عينا ، في إحدى الروايتين ، والدية بدل عنه ، ولا يجب البدل ما لم يوجد موجب^(١٩) المبدل . وفي الرواية الأخرى ، الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار ، أو التعذر^(٢٠) ، ولم يوجد واحد منهما . وقال ابن أبي موسى : لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين ؛ لأنها شهادة^(٢١) على فعل يوجب^(٢٢) الحد والمال ، فإذا بطلت في أحدهما^(٢٣) بطلت في الآخر^(٢٤) . والأول أولى ؛ لما ذكرناه . وإن ادَّعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ، ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، ثبت قتل الثاني ؛ لأنه خطأ موجب المال ، ولم يثبت قتل الأول ؛ لأنه عمد موجب القصاص ، فهما كالجنايتين المفترقتين . وعلى قول أبي بكر ، لا يثبت شيء منهما ؛ لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين ، سواء كان موجبها المال أو غيره . ولو ادَّعى رجل على آخر أنه سرق منه وعصبه مالا ، فحلف بالطلاق والعناق ما سرق منه ولا غصبه ، فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، أو أقام شاهداً وحلف معه ، استحق المسروق والمغصوب ؛ لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ، ولم^(٢٥) يثبت طلاق ولا عناق^(٢٦) ؛ لأن هذه

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : « والتعذر » .

(٢١-٢٢) في الأصل : « توجب » .

(٢٢) في ب ، م : « إحداهما » .

(٢٣) في ب ، م : « الأخرى » .

(٢٤) في الأصل : « ولا » .

(٢٥) في الأصل : « عتق » .

٦٣/١١ و البَيِّنَةُ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ دُونَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ . وظاهرُ مذهبِ / الشَّافِعِيِّ ^(٢٦) ، في هذا الفصلِ كَمَذْهَبِنَا ، إِلَّا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْخِلَافِ عَنْ أَصْحَابِنَا .

فصل : ولو ادَّعى جاريةً في يد رجل أنها أم ولده ، وأن ابنتها ابنة منها ، وُلِدَ في ملكه ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده ، حُكِمَ له بالجارية ؛ لأنَّ أمَّ الولد مملوكة له ، ولهذا يملك وطأها وإجارتها وتزويجها ، ويثبت لها حُكْمُ الاستيلاء بإقراره ؛ لأنَّ إقراره ينفذ في ملكه ، والمِلْكُ يثبت بالشاهد والمرأتين ، والشاهد واليمين ، ولا يحكم له بالولد ؛ لأنَّه يدعى نسبه ، والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حرَّيته أيضاً ، فعلى هذا يُقَرُّ الولد في يد المُنْكَرِ مملوكاً له . وهذا أحد قولَي الشَّافِعِيِّ ، وقال في الآخر : يأخذها وولدها ، ويكون ابنة ؛ لأنَّ مَنْ ثَبَّتَ له العَيْنُ ثَبَّتَ له نَمَاطُهَا ، والولد نَمَاطُهَا . وذكر أبو الخطَّاب فيها عن أحمد روايتين ، كقولَي الشَّافِعِيِّ . ولنا ، أنَّه لم يدَّعِ الولد ملكاً ، وإنَّما يدعى حرَّيته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البَيِّنَةِ ، فيَقْيَانِ على ما كانا عليه .

فصل : وإن ادَّعى رجل أنَّه خالِعُ امرأته ، فأنكرته ^(٢٧) ، ثَبَّتَ ذلك بشاهد وامرأتين ، أو يمين المدَّعى ؛ لأنَّه يدعى المَالِ الذي خالعت به . وإن ادَّعت ذلك المرأة ، لم يثبت إلا بشهادة رجلين ؛ لأنَّها لا تقصده منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ، ولا يثبت ذلك إلا ^(٢٨) بهذه البَيِّنَةِ .

١٨٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْبَلُ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، مِثْلُ الرِّضَاعِ ، وَالْوِلَادَةِ ، وَالْحَيْضِ ، وَالْعِدَّةِ ، وَمَا أَشَبَّهَا ، شَهَادَةُ امْرَأَةٍ عَدِلٍ ^(١))

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة . قال القاضي : والذي يُقْبَلُ فيه شهادتهنَّ منفرداتٍ خمسة أشياء ؛ الولادة ، والاستيلاء ،

(٢٦) في الأصل زيادة : « في ظاهر مذهبه » .

(٢٧) في ب ، م : « فأنكرت » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(١) في الأصل : « عدلة » .

والرِّضَاعُ ، والْعُيُوبُ تَحْتَ الثِّيَابِ كَالرَّتْقِ وَالْقَرَنِ وَالْبَكَارَةِ وَالثِّيَابَةِ وَالْبَرَصِ ، وَانْقِضَاءُ الْعِدَّةِ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ مُنْفِرَدَاتٍ عَلَى الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَطْلُعَ عَلَيْهِ مَحَارِمُ الْمَرْأَةِ مِنَ الرِّجَالِ / ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِالنِّسَاءِ مُنْفِرَدَاتٍ ، كَالنِّكَاحِ ^(٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَقْبَةُ بْنُ الْحَارِثِ ، قَالَ : تَزَوَّجْتُ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أَبِي إِهَابٍ ، فَأَتَتْ أُمَّةً سَوْدَاءَ ، فَقَالَتْ : قَدَارَضَعْتُكُمْ . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَأَعْرَضَ عَنِّي ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهَا كَاذِبَةٌ . قَالَ : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ ذَلِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَلِأَنَّ شَهَادَةَ عَلَى غُورَةٍ لِلنِّسَاءِ فِيهَا مَذْخَلٌ ، فَقَبِلَ فِيهَا شَهَادَةَ النِّسَاءِ ، كَالْوِلَادَةِ ، وَتُخَالَفُ الْعَقْدَ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِغُورَةٍ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا ، أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ الْمُنْفِرَدَاتِ لَا تُقْبَلُ فِي الْاِسْتِهْلَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ حَالَ الْوِلَادَةِ ، فَيَتَعَذَّرُ حُضُورُ ^(٤) الرِّجَالِ ، فَأَشْبَهَ الْوِلَادَةَ نَفْسَهَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ وَحَدَّاهَا فِي الْاِسْتِهْلَالِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ^(٥) . إِلَّا أَنَّهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرِ الْجُعْفِيِّ . وَأَجَازَهُ شَرِيعٌ ، وَالْحَسَنُ ^(٦) ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَحَمَّادٌ .

فصل : إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُنْفِرَدَاتِ . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ . وَقَالَ طَاوُسٌ : تَجُوزُ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ فِي الرِّضَاعِ ، وَإِنْ كَانَتْ سَوْدَاءَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا امْرَأَتَانِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَكِيمِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنِ شُبْرُمَةَ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ جِنْسٍ يَثْبُتُ بِهِ الْحَقُّ كَفَى

(٢) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى النِّكَاحِ » .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٣١٠/١١ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « حُصُولُ » .

(٥) وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ فِي الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٢٣٣/٤ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي عِدَدِهِنَّ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٥١/١٠ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ عَلَى الرِّضَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٤٨٥/٧ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ١٨٧/٦ . وَلَمْ نَجِدْهُ فِي الْمُسْنَدِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ١ .

فيه^(٧) اثنان ، كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهم عقلاً^(٨) ، ولا يقبل منهم إلا اثنان . وقال عثمان النسي : يكفي ثلاث ؛ لأن كل موضع قبل فيه النساء ، كان العدد ثلاثة ، كما لو كان معهن رجل . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة . وقال عطاء ، والشعبي ، وقتادة ، والشافعي ، وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع ؛ لأنها شهادة من شرطها الحرية ، فلم يقبل فيها الواحدة ، كسائر الشهادات ، ولأن النبي ﷺ قال : « شَهَادَةُ / امْرَأَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ »^(٩) . ولنا ، ما روى عتبة بن الحارث ، أنه قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، فجيئت إلى النبي ﷺ ، فذكرت له ذلك ، فأعرض عني ، ثم ذكرت له ذلك ، فقال : « وكيف ، وقد زعمت ذلك ! » . متفق عليه . وروى حذيفة ، أن النبي ﷺ أجاز^(١٠) شهادة القابلة^(١١) . ذكره الفقهاء في كتبهم . وروى أبو الخطاب ، عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « يُجْزَى فِي الرِّضَاعِ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ »^(١٢) . ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات ، فلا يشترط فيه^(١٣) العدد ، كالرواية وأخبار الديانات . وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية ، غير مسلم ، وقول النبي ﷺ : « شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ » . في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب ترك الحائض الصوم ، من كتاب الحيض . صحيح البخاري ٨٣/١ . ومسلم ، في : باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٦/١ ، ٨٧ . وأبو داود ، في : باب الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٢٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادة ونقصانه ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ٨٢/١٠ . وابن ماجه ، في : باب فتنة النساء ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣٢٦/٢ ، ١٣٢٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٧/٢ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « اختار » .

(١٢) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٣٢/٤ ، ٢٣٣ .

(١٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة في الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٤/٧ ، أن النبي ﷺ سئل : ما الذي يجوز في الرضاع من الشهود ؟ فقال : « رجل أو امرأة » .

(١٤) في الأصل : « فيها » .

فصل : فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تُقبل شهادته وحده ؛ لأنه أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها ، فلا يُكتفى به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة ، قبل فيه قول الرجل ، كالرواية .

١٨٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَزِمَتْهُ الشَّهَادَةُ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِهَا عَلَى الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ ، لَا يَسَعُهُ التَّخَلُّفُ عَنْ إِقَامَتِهَا وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى ذَلِكَ)

وجملته أن أداء الشهادة من فروض الكفايات ، فإن تعينت عليه ، بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه ، لزمه القيام بها . وإن قام بها اثنان غيره ، سقط عنه أدائها . إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحمّلها جماعة ، فأدائها واجب على الكل ، إذا امتنعوا أثموا كلهم ، كسائر فروض الكفايات . ودليل وجوبها قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْنُمُوا الشَّهَدَةَ وَمَنْ يَكْنُمْهَا فَإِنَّهُ أَتَمَّ قَلْبُهُ ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ ^(٢) . وفي الآية الأخرى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّٰهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَتَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَنْ لَا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ ^(٣) . / ولأن الشهادة أمانة ، فلزمه أدائها عند طلبه ، كالوديعة ، ولقوله تعالى : ﴿ إِنْ أَلَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(٤) . فإن عجز عن إقامتها ، أو تضرر بها ، لم تجب عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ﴾ ^(٥) .

فصل : ومن له كفاية ، فليس له أخذ الجُعَلِ على الشهادة ؛ لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضاً . وإن لم تكن له كفاية ، ولا

(١) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٢) سورة النساء ١٣٥ .

(٣) سورة المائدة ٨ .

(٤) سورة النساء ٥٨ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ ، حَلَّ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ^(٦) عَلَى عِيَالِهِ فَرَضُ عَيْنٍ ، فَلَا يَشْتَغِلُ عَنْهُ بِفَرْضِ الْكِفَايَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ الرِّزْقَ جَمَعَ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ ، اِحْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ، وَاحْتَمَلَ^(٧) أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِغَلَا يَأْخُذُ الْعَوَضَ عَنْ أَدَاءِ فُرُوضِ^(٨) الْأَعْيَانِ^(٩) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ لِمَنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ ، وَهَلْ يَجُوزُ لغيرِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٨٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَا أَذْرَكَ مِنَ الْفِعْلِ نَظَرًا ، أَوْ سَمِعَهُ يَقْنَأُ ، وَإِنْ لَمْ يَرِ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ ، شَهِدَ بِهِ)

وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه ؛ بدليل قوله تعالى : ﴿ إِنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾^(١) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنْ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴾^(٢) . وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال ؛ لأن العلم بالفؤاد ، وهو مستند إلى^(٣) السمع والبصر ؛ لأن^(٤) مدرك الشهادة الرؤية والسمع ، وهما بالبصر والسمع . وروى عن ابن عباس ، أنه قال : سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة ، قال : « هَلْ تَرَى الشَّمْسَ ؟ » . قال : نعم . قال : « عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ أَوْ دَعُ » . رواه الحلال ، في « الجامع » بإسناده^(٥) . إذا ثبت هذا ، فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان ، الرؤية والسمع ، وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس ،

(٦) في ب ، م : « والنفقة » .

(٧) في الأصل : « وإن احتمل » .

(٨) في ا ، ب ، م : « قرض » .

(٩) في ب ، م : « عين » .

(١) سورة الزخرف ٨٦ .

(٢) سورة الإسراء ٣٦ .

(٣) في ا ، ب ، م : « يستند » .

(٤) في ب ، م : « ولأن » .

(٥) وأخرجه الحاكم ، في : باب لا تشهد إلا بما يضيء لك كضياء الشمس ، من كتاب الأحكام . المستدرک ٩٨/٤ . والبيهقي ، في : باب التحفظ في الشهادة والعلم بها ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠٦/١٠ . والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ٧٠/٤ . وابن عدى ، في : الكامل ٢٢١٣/٦ .

لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب . فأما ما يقع بالرؤية ، فالأفعال ؛ كالعصب ، والإثلاف ، والزنى ، وشرب الخمر ، وسائر الأفعال ، وكذلك الصفات المرئية ؛ كالعيوب / في المبيع ، ونحوها^(٦) ، فهذا لا تتحمل^(٧) الشهادة فيه إلا بالرؤية ؛ لأنه يمكن الشهادة عليه قطعاً ، فلا يرجع إلى غير ذلك . وأما السماع فنوعان ؛ أحدهما ، من المشهود عليه ، مثل العقود ؛ كالبيع ، والإجارة ، وغيرهما من الأقوال ، فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً^(٨) ، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين ، إذا عرفهما ، ويقتن أنه كلامهما . وبهذا قال ابن عباس ، والزهرى ، وربيعه ، والليث ، وشريح ، وعطاء ، وابن أبي ليلى ، ومالك . وذهب أبو حنيفة ، والشافعى ، إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه ؛ لأن الأصوات تشتبه ، فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية ، كالخط . ولنا ، أنه عرف المشهود عليه يقيناً ، فجازت شهادته عليه ، كما لو رآه . وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وإنما تجوز الشهادة لمن^(٩) عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً ، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى ، ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن . وأما النوع الثانى ، فسنذكره إن شاء الله تعالى في المسألة التى تلى هذا .

فصل : إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه ، جاز أن يشهد عليه ، حاضرًا كان أو غائبًا ، وإن لم يعرف ذلك ، لم يجوز أن يشهد عليه مع غيبته ، وجاز أن يشهد عليه حاضرًا بمعرفة عينه . نص عليه أحمد . قال مهنا : سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحقوقه على رجل ، وهو لا يعرف اسم هذا ، ولا اسم هذا ، إلا أنه يشهد له ، فقال : إذا قال : أشهد أن لهذا على هذا . وهما شاهدان جميعًا ، فلا بأس ، وإن كان غائبًا ، فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

فصل : والمرأة كالرجل ، فى أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها ، جاز أن يشهد عليها

(٦) فى الأصل : « ونحو هذا » .

(٧) فى الأصل : « يتحمل » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) فى الأصل : « بمن » .

٦٥/١١ ط مع غَيْبَتِهَا . وإن لم يعرفها ، لم يشهد عليها مع غَيْبَتِهَا . قال أحمد ، / في رواية الجماعة : لا يشهد^(١٠) إلا لمن يعرف^(١١) ، وعلى من يعرف^(١١) ، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها ، وإن كانت ممن قد^(١٢) عَرَفَ اسْمَهَا ، ودُعِيَتْ ، وذَهَبَتْ ، وجاءَتْ ، فليشهد ، وإلا فلا يشهد ، فأما إن لم يعرفها ، فلا يجوز أن يشهد مع غَيْبَتِهَا . ويجوز أن يشهد على غَيْبَتِهَا^(١٣) إذا عَرَفَ غَيْبَتَهَا^(١٣) ، ونظر إلى وجهها . قال أحمد : ولا يشهد على امرأة ، حتى ينظر إلى وجهها . وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها . فأما من تيقن معرفتها ، وعرف صَوْتَهَا^(١٤) يَقيِنًا ، فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صَوْتَهَا ، على ما قد مناه في المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه ، فعرفه عنده من يعرفه ، فقد روى عن أحمد ، أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها . وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل : أنا أشهد أن هذه فلانة . ويشهد على شهادته . وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره . وقال القاضي : يجوز أن يُحمَل هذا على الاستحباب ، لتجوز الشهادة بالاستيفاضة . وظاهر قوله المنع منه . وقال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها . وهذا يُحمَلُ أنه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها إلا بإذن زوجها ؛ لما روى عمرو بن العاصي قال : نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن . رواه أحمد ، في « مُسنَدِه »^(١٥) . فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجازة^(١٦) ؛ لأن إقرارها صحيح ، وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح ، فجاز أن يشهد عليها به .

فصل : وإذا عرف الشاهد خطئه ، ولم يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز له أن يشهد له^(١٧) بذلك ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يجوز له^(١٧) أن يشهد بها . قال أحمد في رواية حَرْب ،

(١٠) في م : « تشهد » .

(١١) في م : « تعرف » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « عينها » .

(١٤) في ا ، ب ، م : « بصوتها » .

(١٥) المسند ٢٠٣/٤ .

(١٦) في الأصل ، ا : « فجاز » .

(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .

فِي مَنْ يَرَى حَطَّهُ وَخَاتَمَهُ وَلَا يَذْكُرُ الشَّهَادَةَ ، قَالَ : لَا يَشْهَدُ إِلَّا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ
غَيْرِهِ : يَشْهَدُ^(١٨) إِذَا عَرَفَ حَطَّهُ ، وَكَيْفَ تَكُونُ الشَّهَادَةُ إِلَّا هَكَذَا ؟ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ
آخَرَ : إِذَا عَرَفَ حَطَّهُ ، وَلَمْ يَحْفَظْ ، فَلَا يَشْهَدُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَنْسُوحًا عِنْدَهُ ، مَوْضُوعًا
تَحْتَ خَتَمِهِ وَجِرْزِهِ ، فَيَشْهَدُ ، وَإِنْ^(١٩) لَمْ يَحْفَظْ . وَقَالَ^(٢٠) أَيْضًا : إِذَا كَانَ رَدِيءَ
الْحِفْظِ ، فَيَشْهَدُ وَيَكْتُبُهَا عِنْدَهُ^(٢١) . وَهَذِهِ^(٢٢) رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، وَهُوَ أَنَّهُ^(٢٣) يَشْهَدُ إِذَا كَانَتْ
مَكْتُوبَةً عِنْدَهُ بِحَطِّهِ فِي جِرْزِهِ ، وَلَا يَشْهَدُ إِذَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ،^(٢٤) بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي ، فِي إِحْدَى
الرَّوَايَتَيْنِ ، إِذَا وَجَدَ حُكْمَهُ بِحَطِّهِ تَحْتَ خَتَمِهِ أَمْضَاءً ، وَلَا يُمَضِّيه^(٢٥) إِذَا لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ^(٢٦) .

١٨٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَا نَظَاهَرَتْ بِهِ الْأَحْبَارُ ، وَاسْتَقَرَّتْ مَعْرِفَتُهُ فِي قَلْبِهِ ،
شَهِدَ بِهِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ وَالْوِلَادَةِ)

هَذَا النُّوعُ الثَّانِي مِنَ السَّمَاعِ ، وَهُوَ مَا يَعْلَمُهُ بِالِاسْتِفَاضَةِ . وَاجْتَمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى صَحَّةِ
الشَّهَادَةِ بِهَا فِي النَّسَبِ وَالْوِلَادَةِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدِيرِ : أَمَّا النَّسَبُ فَلَا أَعْلَمُ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنَعَ
مِنْهُ ، وَلَوْ مَنَعَ ذَلِكَ لَاسْتَحَالَتْ^(١) مَعْرِفَتُهُ وَالشَّهَادَةُ^(٢) بِهِ ؛ إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ قَطْعًا بغيرِهِ ، وَلَا
تُمْكِينُ الْمُشَاهَدَةِ فِيهِ ، وَلَوْ اعْتُبِرَتِ الْمُشَاهَدَةُ ، لَمَاعَرَفَ أَحَدٌ أَبَاهُ ، وَلَا أُمَّهُ ، وَلَا أَحَدًا مِنْ

(١٨) سقط من : ب ، م .

(١٩) سقطت الواو من : الأصل .

(٢٠) في الأصل بعد هذا : محمد .

(٢١) سقط من : أ .

(٢٢) في الأصل ، أ : وهذا .

(٢٣) في : أن .

(٢٤-٢٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٥) في الأصل بعد هذا : إلا .

(١-١٠) في : ب ، م : معرفة الشهادة .

أقاربه. وقد^(٢) قال: قال الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾^(٣). واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة، غير النسب والولادة، فقال أصحابنا: هو تسعة أشياء: النكاح، والملك المطلق، والوقف، ومصرفه، والموت، والعنف، والولاية، والعزل. وبهذا قال^(٤) أبو سعيد الإصطخري، وبعض^(٥) أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: لا تجوز في الوقف والولاء والعنف والزوجية؛ لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع، فإنها^(٦) شهادة^(٧) بعقد، فأشبهه سائر العقود. وقال أبو حنيفة: لا تقبل^(٨) إلا في النكاح، والموت، ولا تقبل^(٩) في الملك المطلق؛ لأنها^(١٠) شهادة بمال، أشبه الدين. وقال صاحباه: تقبل في الولاء، مثل عكرمة مولى ابن عباس. ولنا، أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها، أو مشاهدة أسبابها، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب. قال مالك: ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماح. وقال مالك: السماع في الأحباس والولاء جائز. وقال أحمد، في رواية المروزي: أشهد أن / دار بختان لبختان، وإن لم يشهدك. وقيل له: تشهد أن فلانة امرأة فلان، ولم تشهد النكاح؟ فقال: نعم، إذا كان مستفيضاً، فأشهد أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله ﷺ، وإن خديجة وعائشة زوجاته^(١١)، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة. فإن قيل: يمكنه^(١٢) العلم في هذه الأشياء بمشاهدة السبب. قلنا: وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً، فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع^(١٣)، ويصطاد صيداً صاده غيره، ثم انفلت منه، وإن تصور ذلك، فهو نادر.

(٢) سقطت: «قد» من: ١، ب، م.

(٣) سورة البقرة ١٤٦.

(٤-٥) سقط من: الأصل.

(٥) في الأصل، ١: «فإنه».

(٦) في ١: «يشاهد».

(٧-٨) سقط من: الأصل. نقل نظر.

(٨) في الأصل، ١: «لأنه».

(٩) في ب، م: «زوجاه».

(١٠) في الأصل بعد هذا: «أهل».

(١١) في الأصل: «للبيع».

وقول أصحاب الشافعي: تُمكن الشهادة في الوقف باللفظ. لأن الشهادة ليست بالعقود ههنا، وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد، فهو بمنزلة الملك، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد، وكذلك الحرية^(١٢) والولاء، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها، كما لا يمكن القطع بالملك؛ لأنها مترتبة على الملك، فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستيفاضة^(١٣)، كالملك سواء. قال مالك: ليس عندنا من يشهد^(١٤) على أحباس أصحاب^(١٥) رسول الله ﷺ، إلا على السماع. إذا ثبت هذا، فكلام أحمد والخرقى، يقتضى أن لا يشهد بالاستيفاضة حتى تكثر به الأخبار، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم؛ لقول الخرقى: ما^(١٦) تظاهرت به الأخبار، واستقرت معرفته في قلبه^(١٧). يعنى حصل العلم به. وذكر القاضى، فى «المجرد» أنه يكفى أن يسمع من اثنين عدلين، ويسكن قلبه إلى خبرهما؛ لأن الحقوق تثبت بقول اثنين. وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي. والقول الأول هو الذى يقتضيه لفظ الاستيفاضة،^(١٨) فإنها مأخوذة^(١٩) من فيض الماء؛ لكثرة، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين، لا يشترط فيه ما يشترط فى الشهادة على الشهادة، وإنما اكتفى بمجرد السماع.

فصل: فإن كان فى يد رجل دار أو عقار، يتصرف^(٢٠) فيها تصرف الملاك بالسكنى، والإعارة /، والإجارة، والعمارة، والهدم، والبناء، من غير منازع، فقال أبو عبد الله ابن حامد: يجوز أن يشهد له بملكها. وهو قول أبى حنيفة، والإصطخري من أصحاب الشافعي. قال القاضى: ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده^(٢١).

(١٢) فى الأصل: «الجزية».

(١٣) فى زيادة: «حتى يكبر».

(١٤) فى ١، ب، م: «شهد».

(١٥) سقط من: ١.

(١٦) فى ب، م: «فيما».

(١٧) فى ١، ب، م: «القلب».

(١٨-١٩) فى الأصل: «فإنه مأخوذ».

(١٩) فى ١: «ويتصرف».

(٢٠) فى ١، ب: «يشاهده».

مِنَ الْيَدِ^(٢١) وَالتَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَيْسَتْ مُنْهَصِرَةً فِي الْمَلِكِ ، وَقَدْ^(٢٢) تَكُونُ بِإِجَارَةٍ وَإِعَارَةٍ وَغَضَبٍ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ^(٢٣) أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْيَدَ دَلِيلٌ عَلَى^(٢٤) الْمَلِكِ ، وَاسْتِمْرَارُهَا مِنْ غَيْرِ مُنَازَعٍ يُقَوِّمُهَا ، فَجَرَتْ مَجْرَى الِاسْتِفَاضَةِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا ، كَمَا لَوْ شَهِدَ سَبَبُ الْيَدِ^(٢٥) ، مِنْ بَيْعٍ ، أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ ، وَاحْتِمَالُ كَوْنِهَا عَنْ غَضَبٍ أَوْ إِجَارَةٍ ، يُعَارِضُهُ^(٢٦) اسْتِمْرَارُ الْيَدِ مِنْ غَيْرِ مُنَازَعٍ ، فَلَا يَبْقَى مَانِعًا ، كَمَا لَوْ شَهِدَ سَبَبُ الْيَدِ^(٢٧) ؛ فَإِنَّ احْتِمَالَ كَوْنِ الْبَائِعِ غَيْرَ مَالِكٍ ، وَالْوَارِثِ وَالْوَاهِبِ ، لَا يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ . كَذَا هُنَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا بَقِيَ الْإِحْتِمَالُ لَمْ يَحْصُلِ الْعِلْمُ ، وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ إِلَّا بِمَا يَعْلَمُ . قُلْنَا : الظَّنُّ يُسَمَّى عِلْمًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ ﴾^(٢٨) . وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْعِلْمِ الْيَقِينِيِّ هُنَا ، فَجَازَتْ بِالظَّنِّ .

فصل : وَإِذَا سَمِعَ رَجُلًا يَقُولُ لَصَبِيَّ : هَذَا ابْنِي . جَازَ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّبٌ بِنَسَبِهِ . وَإِنْ سَمِعَ الصَّبِيَّ يَقُولُ : هَذَا أَبِي . وَالرَّجُلُ يَسْمَعُهُ ، فَسَكَتَ ، جَازَ أَنْ يَشْهَدَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ سُكُوتَ الْأَبِ إِقْرَارٌ لَهُ ، وَالْإِقْرَارُ يُثَبِّتُ بِهِ^(٢٩) النَّسَبُ ، فَجَازَتْ الشَّهَادَةُ بِهِ ، وَإِنَّمَا أُقِيمَ السُّكُوتُ هُنَا مَقَامَ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ عَلَى الْإِنْتِسَابِ الْبَاطِلِ غَيْرُ^(٣٠) جَائِزٍ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الدَّعَاوَى ، وَلِأَنَّ النَّسَبَ يَغْلِبُ فِيهِ الْإِثْبَاتُ ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَلْحَقُ بِالْإِمْكَانِ فِي النِّكَاحِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَشْهَدَ مَعَ السُّكُوتِ حَتَّى يَتَكَرَّرَ ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ حَقِيقِيٍّ ، وَإِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَهُ ، فَاعْتَبِرَتْ تَقْوِيَّتُهُ بِالتَّكَرُّارِ ، كَمَا اعْتَبِرَتْ تَقْوِيَّةُ^(٣١) الْيَدِ فِي الْعَقَارِ بِالِاسْتِمْرَارِ .

(٢١) فِي ب ، م : « الْمَلِكِ وَالْيَدِ » .

(٢٢) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « مُعَارِضٌ » .

(٢٧) سُورَةُ الْمُتَحَنَّةِ : ١٠ .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : أ .

فصل : وإذا شهد عدلان أن فلاناً مات ، وحلف من الورثة فلاناً وفلاناً ، لا نعلم له وارثاً غيرهما ، قبلت شهادتهما . وهذا قال : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، / والعنبري . وقال ابن أبي ليلى : لا تقبل حتى يبيننا^(٣٠) أنه لا وارث له سواهما . ولنا ، أن هذا ممّا لا يمكنُ علمه ، فكفى^(٣١) فيه الظاهر ، مع شهادة الأصل بعدم^(٣٢) وارث آخر . قال أبو الخطاب : سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة ، أو لم يكونا^(٣٣) . ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة ؛ لأنّ عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه ، بخلاف أهل الخبرة الباطنة ، فإن الظاهر أنّه لو كان له وارث آخر ، لم يخف عليهم . وهذا قول الشافعي . فأما إن قالوا : لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة ، أو بأرض كذا وكذا : لم تقبل . وهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى به ، كالأقوال : لا نعلم له وارثاً . وذكر ذلك مذهباً لأحمد أيضاً . ولنا ، أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث ؛ لأنهما قد يعلمان أنّه لا وارث له في تلك الأرض ، ويعلمان أن^(٣٤) له وارثاً^(٣٥) في غيرها ، فلم تقبل شهادتهما ، كما لو قالوا : لا نعلم له وارثاً في هذا البيت .

١٨٨٩ — مسألة ؛ قال : (مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ عَاقِلًا ، مُسْلِمًا ، بَالِغًا ، عَدْلًا ، لَمْ تَجْزِ^(١) شهادته)

وجملته أنّه^(٢) يُعْتَبَرُ فِي الشَّاهِدِ سَبْعَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ لَيْسَ بِعَاقِلٍ ، إجماعاً . قاله ابن المنذر . وسواء ذهب عقله بجنون أو سُكْرٍ أَوْ

(٣٠) في الأصل : « يثبت » .

(٣١) في ١ ، م : « فيكفى » . وفي ب : « ويكفى » .

(٣٢) في ب : « لعدم » .

(٣٣) في الأصل : « يكونوا » .

(٣٤) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٥) في الأصل ، ١ : « ولدا » .

(١) في الزيادة : « له » .

(٢) في م : « أن » .

طُفُولِيَّةٍ ؛ وذلك لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحَصِّلٍ ، وَلَا تَحْصُلُ الثَّقَةُ بِقَوْلِهِ ، وَلَأَنَّهُ لَا يَأْتُمُ بِكَذِبِهِ ، وَلَا يَتَحَرَّزُ مِنْهُ . الثَّانِي ، أَنَّهُ يَكُونُ مُسْلِمًا ، وَنَذَكَرْ هَذَا فِيمَا بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يَكُونُ بِالْعَا ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ صَبِيٍّ لَمْ يَبْلُغْ بِحَالٍ ، يُرَوَّى هَذَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٣) . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَكْحُولٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ^(٤) ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ شَهَادَتَهُمْ تُقْبَلُ فِي الْجِرَاحِ ، إِذَا شَهِدُوا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ عَنْ الْحَالَةِ الَّتِي تَجَارَحُوا عَلَيْهَا ، ^(٥) فَإِنْ تَفَرَّقُوا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ^(٦) . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صِدْقُهُمْ وَضَبْطُهُمْ ، فَإِنْ تَفَرَّقُوا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُلْقِنُوا . قَالَ ابْنُ الزُّبَيْرِ / :
 ٦٨/١١
 إِنْ أَخَذُوا عِنْدَ مُصَابِ ذَلِكَ ، فَبِالْحَرِيِّ أَنْ يَعْقِلُوا وَيَحْفَظُوا ^(٧) . وَعَنْ الزُّهْرِيِّ ، أَنَّ شَهَادَتَهُمْ جَائِزَةٌ ، وَيُسْتَحْلَفُ أَوْلِيَاءُ الْمَشْجُوحِ . وَذَكَرَهُ عَنْ ^(٨) مِرْوَانَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً ثَلَاثَةً ، أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ إِذَا كَانَ ابْنُ عَشْرِ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، كَالْعَبِيدِ ^(٩) . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ تُقْبَلُ عَلَى بَعْضٍ ^(١٠) . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ^(١١) ، وَالْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : كَانُوا يُجِيزُونَ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا كَانَ بَيْنَهُمْ . قَالَ الْمُغِيرَةُ : وَكَانَ أَصْحَابُنَا لَا يُجِيزُونَ شَهَادَتَهُمْ عَلَى رَجُلٍ ، وَلَا عَلَى عَبْدٍ . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(١٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ مَسْرُوقٍ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ عَلِيٍّ ، فَجَاءَهُ خَمْسَةُ غُلَمَةٍ فَقَالُوا : إِنَّا ^(١٣) كُنَّا سِتَّةَ غُلَمَةٍ تَتَغَاطُّ ، فَعَرِقَ مِنَّا غُلَامٌ . فَشَهِدَ الثَّلَاثَةُ عَلَى الْاِثْنَيْنِ أَنَّهُمَا غَرَقَاهُ ، وَشَهِدَ الْاِثْنَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ أَنَّهُمْ

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ رَدَّ شَهَادَةَ الصَّبِيَّانِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٦١/١٠ ، ١٦٢ .

وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ الصَّبِيَّانِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفِ ٣٤٨/٨ ، ٣٤٩ .

(٤) فِي ١ ، ب ، م : « أَبُو عُبَيْدَةَ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « ابْنِ » .

(٧) فِي ١ ، ب ، : « كَالْعَبْدِ » .

(٨) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ الصَّبِيَّانِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفِ ٣٥٠/٨ ، ٣٥١ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ١ .

عَرَفُوهُ^(١١) ، فجعلَ على الاثنينِ ثلاثةَ أحماسٍ الدِّيةَ ، وجعلَ على الثلاثةِ خمسَها^(١٢) . وقضىَ بنحوِ هذا مسروقٌ . والمذهبُ أنَّ شهادتهم لا تُقبلُ في شيءٍ ؛ لقولُ الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾^(١٣) . وقال : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(١٤) . وقال : ﴿ مِنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(١٥) . والصَّبيُّ ممَّن لا يُرضى . وقال : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(١٦) . فأخبر أنَّ الشَّاهدَ الكاتمَ لشهادته آثمٌ ، والصَّبيُّ لا يَأْتُمُ ، فيدُلُّ على أنَّه ليس بشاهدٍ ؛ ولأنَّ الصَّبيَّ لا يخافُ من مآثمِ الكذبِ ، فيزعه عنه ، ويمنعه منه ، فلا تُحصلُ الثَّقةُ بقوله ، ولأنَّ من لا يُقبلُ قوله على نفسه في الإقرار ، لا تُقبلُ شهادته على غيره ، كالمجنون ، يُحقِّقُ هذا أنَّ الإقرارَ أوسعُ ؛ لأنَّه يُقبلُ من الكافرِ والفاسقِ والمرأةِ ، ولا تصحُّ الشهادةُ منهم ، ولأنَّ من لا تُقبلُ شهادته في المالِ ، لا تُقبلُ في الجراحِ ، كالفاسقِ ، ومن لا تُقبلُ شهادته على من ليس بمثله ، لا تُقبلُ على مثله ، كالمجنون . الشرطُ الرابعُ ، العدالةُ ؛ لقولُ الله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ . ولا تُقبلُ شهادةُ الفاسقِ لذلك ، ولقولُ الله تعالى : ﴿ إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾^(١٧) . فأمرَ بالتَّوقُّفِ عن^(١٨) نَبَأِ الفاسقِ ، والشَّهادةُ نَبَأٌ ، فيجبُ التَّوقُّفُ عنه . وقد روى عن النَّبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ حَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا مُحْدُوذٍ فِي الْإِسْلَامِ ، وَلَا ذِي غِمَرٍ^(١٩) عَلَى أَخِيهِ » . رواه أبو عُبَيْدٍ^(٢٠) . وكان أبو عُبَيْدٍ لا يراه خصًّا

(١١) من هنا إلى آخر قوله : « الثالث من نكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية » ورد في الأصل في أثناء « فصل في قراءة القرآن بالألحان » . ويشغل بقية ورقة ٧٦ و ٧٦ ظ ، وبعض ورقة ٧٧ و . اضطراب .

(١٢) أخرجه ابن حزم ، في : كتاب الشهادات . المحلى ٦١٤/١٠ .

(١٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٤) سورة الطلاق ٢ .

(١٥) سورة البقرة ٢٨٣ .

(١٦) سورة الحجرات ٦ .

(١٧) في الأصل : « على » .

(١٨) الغمر : الشحنة والعداوة ، وكذلك الإحنة . غريب الحديث ١٥٤/٢ .

(١٩) في : غريب الحديث ١٥٣/٢ .

وأخرجه أبو داود ، في : باب من ترد شهادته ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٥/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في من لا تجوز شهادته ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذى ١٧١/٩ ، ١٧٢ . وابن ماجه ، في : باب من لا =

بالخائني والخائنة أمانات الناس ، بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه ، من صغير ذلك وكبيره ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ ﴾ الآية (٢٠) . وروى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه قال : لا يؤسر (٢١) رجل بغير العدول (٢٢) . ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين ، فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب ، فلا تحصل الثقة بحبره . إذا تقرر هذا ، فالفسوق نوعان ؛ أحدهما ، من حيث الأفعال ؛ فلا تعلم خلافا في ردّ شهادته . والثاني ، من جهة الاعتقاد ، وهو اعتقاد البدعة ، فيوجب ردّ الشهادة أيضا . وبه قال مالك ، وشريك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . قال (٢٣) شريك : أربعة لا تجوز شهادتهم ؛ رافضي يزعم أن له إماما مفترضة طاعته . وخارجي يزعم أن الدنيا دار حرب . وقدري يزعم أن المشيئة إليه . ومرجي . وردّ شهادة يعقوب (٢٤) ، وقال : ألا أردّ شهادة (٢٥) قوم يزعمون (٢٥) أن الصلاة ليست من الإيمان ؟ وقال أبو حامد (٢٦) ، من أصحاب الشافعي : المختلِفون على ثلاثة أضرب ؛ ضربٌ اختلَفوا في الفروع ، فهؤلاء لا يُفسقون بذلك ، ولا تُردّ شهادتهم ، وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين . الثاني ، من نفسقه ولا نكفره ، وهو من سب القرابة ، كالخوارج ، أو سب الصحابة ، كالروافض ، فلا تُقبل لهم شهادة لذلك . الثالث ، من نكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ، ونفي الرؤية ، وأضاف المشيئة إلى نفسه ، فلا تُقبل له شهادة . وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء . قال :

= تجوز شهادته ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٠٤/٢ ، ٢٠٨ ، ٢٢٥ .

(٢٠) سورة الأحزاب ٧٢ .

(٢١) أى : لا يجبس .

(٢٢) أخرجه مالك ، في : باب ماجاء في الشهادات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٠/٢ . والبيهقي ، في : باب لا يجوز شهادة غير عدل ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٦٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما ذكر في شهادة الزور ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٢٥٨/٧ .

(٢٣) في الأصل ، م : « وقال » .

(٢٤) لم نعرف من المقصود يعقوب . وشريك من رجال القرن الأول .

(٢٥) - ٢٥) في م : « من يزعم » .

(٢٦) أبو حامد أحمد بن محمد الإسفرائني ، شيخ طريقة الشافعية بالعراق ، توفي سنة ست وأربع مائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦١/٤ - ٧٤ .

وقال أحمد : ما تُعجبني شهادة الجَهْمِيَّة ، والرَّافِضِيَّة ، والقَدَرِيَّة المُغَلِيَّة^(٢٧) . وظاهر قول الشَّافِعِي ، وابن أبي ليلى ، والثَّوْرِي ، وأبي حنيفة وأصحابه ، قبول شهادة أهل الأهواء . وأجاز سَوَّارُ شهادة ناس من بني العَبْر ، مِمَّن يَرى الاعتزال .^(٢٨) قال الشَّافِعِي^(٢٨) : إلَّا أن يكونوا مِمَّن يَرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض ، كالحَطَّابِيَّة ، وهم أصحاب أبي الحَطَّاب^(٢٩) . يَشْهَدُ بعضهم لبعض بتصديقه . ووجه قول من أجاز شهادتهم ، أنَّه اختلاف لم يُخرجهم عن الإسلام ، أشبه الاختلاف في الفروع ، ولأنَّ فسقهم لا يدلُّ على كذبهم ؛ لكنهم ذهبوا إلى ذلك تَدْبِيئًا واعتقادًا أنَّه الحقُّ ، ولم يتركبوه عالمين بتخريمه ، بخلاف فسق الأفعال . قال أبو الحَطَّاب : ويتخرَّج على قبول شهادة أهل الذِّمَّة بعضهم على بعض ، أنَّ الفسق الذي يتدبَّئ به من جهة الاعتقاد لا تُردُّ الشهادة به . وروى^(٣٠) عن أحمد جواز الرواية عن القَدَرِيِّ / ، إذا لم يكن داعيةً ، فكذلك الشهادة . ولنا ، أنَّه أحد نوعي الفسق ، فتردُّ به الشهادة ، كالنوع الآخر ؛ ولأنَّ المُبتدِعَ فاسقٌ ، فتردُّ شهادته ، للآية والمعنى . الشرط الخامس ، أن يكون مُتَقَيِّظًا حافظًا^(٣١) لما يَشْهَدُ به ، فإن كان مُعَفَّلًا ، أو معروفًا بكثرة الغلط ، لم تُقبَلْ شهادته . الشرط السادس ، أن يكون ذا مِرْوَةٍ . الشرط السابع ، انتفاء الموانع . وسنشرح هذه الشروط^(٣١) في مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ظاهر كلام الخِرَقِي ، أنَّ شهادة البدوي على من هو من أهل القرية ، وشهادة أهل القرية على البدوي ، صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط . وهو قول ابن سيرين ، وأبي حنيفة ، والشَّافِعِي ، وأبي ثور . واختاره أبو الحَطَّاب . وقال الإمام أحمد : أخشى أن لا تُقبَلْ شهادة البدوي على صاحب القرية . فيَحْتَمِلُ هذا أن لا تُقبَلْ شهادته . وهو قول

(٢٧) في ١ ، ب ، م ، : المعلقة .

(٢٨-٢٩) سقط من : الأصل .

(٢٩) أبو الخطاب محمد بن أبي زنبب الأسدي الأجدع ، مولى بني أسد ، من الغالين ، زعم أن الأئمة أنبياء ثم آله ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله . الملل والنحل ١/ ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٣٠) في م : وقد روى ، .

(٣١) سقط من : الأصل .

جماعة من أصحابنا ، ومذهب أبي عبيد . وقال مالك كقول أصحابنا ، فيما عدا الجراح ، وكقول الباقيين في الجراح احتياطاً للدماء . واحتج أصحابنا بما روى أبو داود^(٣٢) ، في « سننه » ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ بَدَوِيٍّ عَلَى^(٣٣) صَاحِبِ قَرْيَةٍ » . ولأنه متهم ، حيث عدل عن أن يشهد قروياً ويشهد بدوياً . قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى ، والجفاء في الدين . ولنا ، أن من قبلت شهادته على أهل البدو ، قبلت شهادته على أهل القرية^(٣٤) ، كأهل القرى ، ويحمل الحديث على من لم^(٣٥) تعرف عدالته من أهل^(٣٦) البدو ، ونخصه بهذا ؛ لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم ، فيعرف عدالته .

١٨٩٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْعَدْلُ مَنْ لَمْ تَظْهَرْ مِنْهُ رِيَّةٌ . وَهَذَا قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله . قال القاضي : يكون ذلك في الدين والمروعة والأحكام . أمّا الدين^(٣٧) (فإن لا^(٣٨)) يرتكب كبيرة ، ولا يداوم على صغيرة ، فإن الله تعالى / نهى^(٣٩) أن^(٤٠) تقبل شهادة القاذف ، فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ، ولا يخرج عن العدالة فعل صغيرة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبِيرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ ﴾^(٤١) . قيل : اللمم صغار الذنوب . ولأن التحرر منها غير ممكن ، جاء عن

(٣٢) في : باب شهادة البدوي على أهل الأمصار ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من لا تجوز شهادته ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٣ .

(٣٣) في ١ ، ب ، م : « عن » .

(٣٤-٣٤) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٣٥) في الأصل : « لا » .

(١) في الأصل : « مذهب » .

(٢-٢) في ب ، م : « فلا » .

(٣) في م : « أمر » .

(٤) في م زيادة : « لا » .

(٥) سورة النجم ٣٢ .

النَّبِيُّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ :

إِنْ تَغْفِرِ اللَّهُمَّ تَغْفِرْ جَمًّا
وَأَيُّ عَبْدٍ لَكَ لَا أَلَمًا^(٦)

أَيُّ لَمْ يُلَمَّ . فَإِنَّ « لا » مع الماضي بِمَنْزِلَةِ « لم » مع المُسْتَقْبَل . وقيل : اللَّمَمُ أَنْ يُلَمَّ بِالذَّنْبِ ، ثُمَّ لَا يَعُودُ فِيهِ . وَالْكَبَائِرُ كُلُّ مَعْصِيَةٍ فِيهَا حَدٌّ^(٧) ، وَالْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ . وَرَوَى أَبُو بَكْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا أُبَيِّنُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكَبَائِرِ ؟ الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ » . وَكَانَ مُتَكَيِّمًا فَجَلَسَ ، فَقَالَ : « أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ ، وَشَهَادَةُ^(٨) الزُّورِ » . فَمَا زَالَ يُكْرِّرُهَا حَتَّى قُلْنَا : لَيْتَهُ سَكَتَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٩) . قَالَ أَحْمَدُ : لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ آكِلِ الرِّبَا ، وَالْعَاقِ ، وَقَاطِعِ الرَّجِمِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ لَا يُؤَدِّي زَكَاةَ مَالِهِ ، وَإِذَا أُخْرِجَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ الْأُصْطَوَانَةُ^(١٠) . وَالْكَنِيفُ لَا يَكُونُ عَدْلًا ، وَلَا يَكُونُ ابْنُهُ عَدْلًا إِذَا وَرِثَ أَبَاهُ حَتَّى يَرُدَّ مَا أَخَذَ^(١١) مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَكُونُ عَدْلًا إِذَا كَذَبَ الْكَذِبَ الشَّدِيدَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ شَهَادَةَ رَجُلٍ فِي كَذِبِهِ^(١٢) . وَقَالَ : عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ حَائِنٍ ، وَلَا حَائِنَةٍ ، وَلَا مَجْلُودٍ فِي حَدٍّ ، وَلَا ذِي غِمْرِ عَلَى

(٦) أخرجه الترمذی ، فی : باب تفسیر سورة النجم ، من أبواب التفسیر . عارضة الأحوذی ١٧٣/١٢ . والحاکم ، فی : باب تفسیر سورة النجم ، من کتاب التفسیر . المستدرک ٤٦٩/٢ . والطبری ، فی : تفسیر سورة النجم ، الآیة ٣٢ . تفسیر الطبری ٦٦/١٧ .

والرجز من الشواهد النحویة ، انظر : معجم شواهد العربیة ٥٣٠/٢ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) فی م : « وقول » .

(٩) أخرجه البخاری ، فی : باب ما قبل فی شهادة الزور ، من کتاب الشهادات ، وفی : باب عقوق الوالدین من الکبر ، من کتاب الأدب ، وفی : باب من اتکأ بین یدی أصحابه ، من کتاب الاستئذان . صحیح البخاری ٢٢٥/٣ ، ٤/٨ ، ٧٦ . ومسلم ، فی : باب بیان الکبائر وأکبرها ، من کتاب الإیمان . صحیح مسلم ٩١/١ .

كما أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی عقوق الوالدین ، من أبواب البر ، وفی : باب ما جاء فی شهادة الزور ، من أبواب الشهادات ، وفی : باب تفسیر سورة النساء ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذی ٩٧/٨ ، ١٧٥/٩ ، ١٥٠/١١ ، ١٥١ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٣٦/٥ - ٣٨ .

(١٠) فی م : « والأسطوانة » .

(١١) فی ب ، م : « أخذه » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فی : باب من ترد شهادته ، من کتاب الأقضية . سنن أبی داود ٢٧٥/٢ . وابن ماجه ، فی : باب من لا تجوز شهادته . من کتاب الأحکام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند ١٨١/٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٨ ، ٢٢٥ .

أَحِبِّهِ فِي عَدَاوَةٍ ، وَلَا الْقَانِيعَ ^(١٣) لِأَهْلِ النَّبِيِّ ، وَلَا مُجَرَّبٍ عَلَيْهِ شَهَادَةُ زُورٍ ، وَلَا ظَنِينٍ فِي وَلَاءٍ ، وَلَا قَرَابَةٍ ^(١٤) . وَقَدَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٥) ، وَفِيهِ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ ، وَلَا ذِي غَيْرٍ عَلَى أَحِبِّهِ » . فَأَمَّا الصَّغَائِرُ ، فَإِنْ كَانَ مُصِرًّا عَلَيْهَا ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ مِنَ ^(١٦) أَمْرِهِ الطَّاعَاتِ ، لَمْ يُرَدَّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ إِمْكَانِ التَّحَرُّزِ مِنْهُ . فَأَمَّا الْمَرْوَةُ فَاجْتَنَابُ الْأُمُورِ الدُّنْيَا الْمُرِيَّةِ بِهِ ، وَذَلِكَ / نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مِنَ الْأَفْعَالِ ، كَالْأَكْلِ فِي السُّوقِ . يَعْنِي بِهِ الَّذِي يَنْصِبُ مَائِدَةً فِي السُّوقِ ، ثُمَّ يَأْكُلُ وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ . وَلَا يَعْنِي بِهِ ^(١٧) أَكَلَ الشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، كَالْكِسْرَةِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ كَانَ يَكْشِفُ مَا جَرَبَتِ الْعَادَةُ بَعْطِيَّتَهُ مِنْ بَدَنِهِ ، أَوْ يَمُدُّ رِجْلَيْهِ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، أَوْ يَتَمَسَّحُ بِمَا يُضْحِكُ النَّاسَ بِهِ ، أَوْ يُخَاطِبُ امْرَأَتَهُ أَوْ جَارِيَتَهُ أَوْ غَيْرَهُمَا بِحَضْرَةِ النَّاسِ بِالْخِطَابِ الْفَاحِشِ ، أَوْ يُحَدِّثُ النَّاسَ بِمُبَاضَعَةٍ ^(١٨) أَهْلِهِ ، وَنَحْوِ هَذَا مِنَ الْأَفْعَالِ الدُّنْيَا ، فَفَاعِلٌ هَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا سُخْفٌ وَدَنَاءَةٌ ، فَمَنْ رَضِيَهِ لِنَفْسِهِ وَاسْتَحْسَنَهُ ، فَلَيْسَتْ لَهُ مَرْوَةٌ ، فَلَا تَحْصُلُ الثَّقَةُ بِقَوْلِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ شَتَمَ بِهِيمَةً : قَالَ الصَّالِحُونَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ حَتَّى يَتُوبَ . وَقَدَرَوِي أَبُو مَسْعُودٍ الْبَدْرِيُّ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ مِمَّا أَذْرَكَ النَّاسُ مِنْ كَلَامِ النُّبُوَّةِ الْأُولَى ، إِذَا لَمْ تَسْتَجِ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ » ^(١٩) . يَعْنِي مَنْ لَمْ يَسْتَجِ ^(٢٠) صَنَعَ مَا شَاءَ . وَلِأَنَّ الْمَرْوَةَ تَمْنَعُ الْكِذْبَ ، وَتَزْجُرُ عَنْهُ ، وَلِهَذَا يَمْتَنَعُ مِنْهُ ذُو الْمَرْوَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا دِينٍ . وَقَدَرَوِي عَنْ أَبِي سَفْيَانَ ، أَنَّهُ حِينَ سَأَلَهُ قَيْصَرٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَصِفَتِهِ قَالَ : وَاللَّهِ لَوْلَا أَنِّي كَرِهْتُ أَنْ يُؤَثَّرَ عَنِّي الْكِذْبُ ، لَكَذَّبْتُهُ ^(٢١) . وَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ ذَا

(١٣) فِي النِّسْخِ : « الْقَاطِعُ » . وَالْقَانِعُ : هُوَ الَّذِي يَنْفَقُ عَلَيْهِ أَهْلُ الْبَيْتِ .

(١٤) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِيهِ مِنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ ، مِنْ أَبْوَابِ الشَّهَادَاتِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٩ / ١٧١ .

(١٥) فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

(١٦) فِي ب : « فِي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(١٨) فِي أ : « بِمُبَاضَعَتِهِ » .

(١٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا أَبُو الْيَمَانِ ، أَخْبَرَنَا شُعَيْبٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤ / ٢١٥ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْحَيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٥٥٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْحَيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الزُّهْدِ ٢ / ١٤٠٠ .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، أ : « يَسْتَحْيُ » . وَهِيَ بِمَعْنَى .

(٢١) انْظُرْ : مَا تَقْدِمُ فِي تَخْرِيجِ حَدِيثِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى قَيْصَرَ ، فِي صَفْحَةِ ٧٤ .

دين . ولأن الكذب دَنَاءَةٌ ، والمُروءَةُ تَمْنَعُ مِنَ ^(٢٢) الدَنَاءَةِ . وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب ، اعتبرت في العدالة ، كالدين ، ومن فعل شيئاً من هذا مُخْتَفِياً به ، لم يَمْنَعُ من قبول شهادته ؛ لأنَّ مروءته لا تَسْقُطُ به . وكذلك إن فعله مرةً ، أو شيئاً قليلاً ، لم تُردَّ شهادته ؛ لأنَّ صغير المعاصي لا يَمْنَعُ الشَّهادةَ إذا قلَّ ، فهذا أولى ، ولأنَّ المروءة لا تُحْتَلُّ بقليل هذا ، ما لم تُكُنْ عادةً ^(٢٣) . النوع الثاني ، في الصناعات الدنيئة ؛ كالكَسَّاج والكُنَّاس ، لا تُقبَلُ شهادتهما ؛ لما روى سعيّد ، في « سننه » أنَّ رجلاً أتى ابنَ عُمرَ ، فقال له : إني رجلٌ كُنَّاسٌ . فقال : أيُّ شيءٍ تُكُنُّسُ ، الزُّبَلُ ؟ قال : لا . قال : العذرة ؟ قال : نعم . ^(٢٤) قال : منه كسبت المال ، ومنه تزوجت ، ومنه حَجَجْتُ ؟ قال : نعم ^(٢٥) . قال / : الأجرُ خبيثٌ ، وما تزوجتُ خبيثٌ ، حتى تُخرجَ منه كما دخلتَ فيه . ١١ و٧٠ وعن ابن عباسٍ مثله في الكسَّاج ^(٢٥) . ولأنَّ هذا دَنَاءَةٌ يَجْتَنِبُهَا أَهْلُ المُرُوءَاتِ ، فأشبهه الذي قبله . فأما الزُّبَالُ والقِرَادُ ^(٢٦) والحجَّامُ ونحوهم ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُقبَلُ شهادتهم ؛ لأنَّه دَنَاءَةٌ يَجْتَنِبُهَا أَهْلُ المُرُوءَاتِ ، فهو ^(٢٧) كالذي قبله . الثاني ، تُقبَلُ ؛ لأنَّ بالناسِ إليه حاجةٌ . فعلى هذا الوجه ، إنَّما تُقبَلُ شهادته إذا كان يَتَنَطَّفُ للصَّلَاةِ في وَفْتِهَا ويُصَلِّيها ، فإن صلَّى بالنجاسة ، لم تُقبَلُ شهادته ، وَجْهًا واحدًا . وأمَّا الحائكُ والحارسُ والدُّبَّاعُ ، فهي أعلى من هذه الصنائع ، فلا تُردُّ بها الشهادةُ . وذكرها أبو الخطَّاب في جُمْلَةٍ ما فيه وجهان . وأمَّا سائر الصناعات التي لا دَنَاءَةَ فيها ، فلا تُردُّ الشهادةُ بها ، إلَّا مَنْ كان منهم يَخْلِفُ كاذبًا ، أو يَعِدُ ويُخْلِفُ ، وَعَلَبَ هذا عليه ، فإنَّ شهادته تُردُّ . وكذلك مَنْ كان منهم يُؤَخِّرُ الصَّلَاةَ عن أوقاتها ، أو لا يَتَنَزَّهَ عن النجاساتِ ، فلا شهادته له ، وَمَنْ كانت صِنَاعَتُهُ مُحَرَّمَةً ؛ كصانع المزامير والطنابير ،

(٢٢) في ١ : « عن » .

(٢٣) في م : « عاداته » .

(٢٤-٢٥) سقط من ١ : نقل نظر .

(٢٥) تقدم في ١٣٢/٨ وانظر : المحلى ٣٠/٩ .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . والقرد : سائس القرد . ولعل المقصود منتزع القرد من الدواب .

(٢٧) سقط من : الأصل .

فلا شهادة له . ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا ، كالمصائغ والصيرفي ، ولم يتوق ذلك ، ردّت شهادته .

فصل : في اللعب : كل لعب فيه قمار ، فهو مُحَرَّم ، أي لعب كان (٢٨) ، وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ، ومن تكرر منه ذلك ردّت شهادته . وما خلا من القمار ، وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ، ولا من أحدهما ، فمنه ما هو مُحَرَّم ، ومنه ما هو مباح ؛ فأما المحرّم فاللعب بالنرد (٢٩) . وهذا قول أبي حنيفة ، وأكثر أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : هو مكروه ، غير مُحَرَّم . ولنا ، ما روى أبو موسى ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول (٣٠) : « مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ شَبِيرٌ ، فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ » . وروى يزيد ، أن النبي ﷺ ، قال : « مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ شَبِيرٌ ، فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي لَحْمِ الْخَنزِيرِ وَدَمِهِ » . رواهما أبو داود (٣١) . وكان سعيد بن جبير إذا مرّ على أصحاب النرد شبير ، لم يسلم عليهم . إذا ثبت هذا ، فمن تكرر منه اللعب به (٣٢) ، لم تقبل (٣٣) له شهادة (٣٣) ، سواء لعب به قماراً أو غير قمار . / وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، وظاهر مذهب الشافعي . قال مالك : مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ وَالشُّطْرُنْجِ ، فَلَا أَرَى شهادته طائفة ؛ لأنّ الله تعالى قال : ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ ﴾ (٣٤) . وهذا ليس من الحق ، فيكون من الضلال .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في الأصل ، ا ، ب زيادة : « محرم » .

(٣٠) في م : « قال » .

(٣١) في : باب في النهي عن اللعب بالنرد ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٢/٢ .

كما أخرجهما ابن ماجه ، في : باب اللعب بالنرد ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢٣٧/٢ ، ١٢٣٨ .

كما أخرج الأول الإمام مالك ، في : باب ما جاء في النرد ، من كتاب الرؤيا . الموطأ ٩٥٨/٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٣٩٤/٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٠ . والحاكم ، في : كتاب الإيمان . المستدرک ٥٠/١ .

وأخرج الثاني أيضا مسلم ، في : باب تحريم اللعب بالنردشير ، من كتاب الشعر . صحيح مسلم ١٧٧٠/٤ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٢/٥ ، ٣٥٧ ، ٣٦١ .

(٣٢) سقط من : ا .

(٣٣-٣٣) في م : « شهادته » .

(٣٤) سورة يونس ٣٢ .

فصل : فَأَمَّا الشُّطْرُنُجُ فَهُوَ كَالنَّرْدِ فِي التَّحْرِيمِ ، إِلَّا أَنَّ النَّرْدَ آكَدُ مِنْهُ فِي التَّحْرِيمِ ؛ لَوُرُودِ النَّصِّ فِي تَحْرِيمِهِ ، لَكِنْ هَذَا فِي مَعْنَاهُ ، فَيُثْبِتُ فِيهِ حُكْمَهُ ، قِيَاسًا عَلَيْهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ مِمَّنْ ذَهَبَ إِلَى تَحْرِيمِهِ ؛ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ، وَابْنُ عَمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ^(٣٥) ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَلَامًا ، وَعُرْوَةُ ، وَمُحَمَّدُ ^(٣٦) بْنُ عَلِيٍّ ^(٣٦) ابْنُ الْحُسَيْنِ ، وَمَطَرُ الْوَرَّاقِ ^(٣٧) ، وَمَالِكًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى إِبَاحَتِهِ . وَحَكَى ذَلِكَ أَصْحَابُهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ الْأَصْلَ الْإِبَاحَةُ ، وَلَمْ يَرِدْ بِتَحْرِيمِهَا نَصٌّ ، وَلَا هِيَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ^(٣٨) عَلَيْهِ ، فَتَبَقِيَ عَلَى الْإِبَاحَةِ . وَيُفَارِقُ الشُّطْرُنُجُ النَّرْدَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ فِي الشُّطْرُنُجِ تَذْيِيرَ الْحَرْبِ ، فَأُشْبِهَتْ ^(٣٩) اللَّعِبُ بِالْحِرَابِ ، وَالرَّمْيُ بِالنُّشَابِ ، وَالْمُسَابَقَةُ بِالْخِيلِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْمُعْوَلَّ فِي النَّرْدِ مَا يُخْرِجُهُ الْكَعْبَتَانِ ^(٤٠) ، فَأُشْبِهَ الْأَزْلَامَ ، وَالْمُعْوَلَّ فِي الشُّطْرُنُجِ عَلَى حِذْقِهِ وَتَذْيِيرِهِ ، فَأُشْبِهَ الْمُسَابِقَةَ بِالسَّهَامِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ ^(٤١) . قَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الشُّطْرُنُجُ مِنَ الْمَيْسِرِ ^(٤٢) . وَمَرَّ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى قَوْمٍ يَلْعَبُونَ بِالشُّطْرُنُجِ ، فَقَالَ : ﴿ مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ ﴾ ^(٤٣) . قَالَ أَحْمَدُ :

(٣٥) انظر : ما أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢١٢/١٠ .

(٣٦-٣٦) سقط من : الأصل . وهو أبو جعفر الباقر ، الإمام ، توفي سنة أربع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٤٠١-٤٠٩/٤ .

(٣٧) مطر بن طهمان الوراق الخراساني الزاهد ، توفي سنة تسع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٤٥٢/٥ ، ٤٥٣ . (٣٨) في م : « النصوص » .

(٣٩) في م : « فأشبهه » .

(٤٠) الكعبة في النرد : ما يعرف اليوم بالزهرة . وهي قطعة مكعبة يبين على كل وجه منها نقاط تمثل رقما .

(٤١) سورة المائدة ٩٠ .

(٤٢) أخرج اللفظان البيهقي ، في : باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢١٢/١٠ . وأخرج الأول ابن أبي شيبة ، في : باب في اللعب بالنرد وما جاء فيه ، من كتاب الأدب . المصنف ٥٤٨/٨ . وأخرج الثاني أيضا ، في : باب في اللعب بالشطرنج ، الكتاب نفسه . المصنف ٥٥٠/٨ . وما اقتبس عليه رضى الله عنه ، هو الآية ٥٢ من سورة الأنبياء .

أصح ما في الشَّطْرُنِج ، قولُ عليٍّ ، رضيَ اللهُ عنه . وَرَوَى وَائِلَةُ بْنُ الْأَسْقَعِ ، رضيَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ يَنْظُرُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ثَلَاثِمِائَةٍ وَسِتِّينَ نَظْرَةً ، لَيْسَ لِصَاحِبِ الشَّاهِ فِيهَا نَصِيبٌ » . رواه أبو بكرٍ بإسناده ^(٤٣) . ولأنَّه لَعِبٌ يَصُدُّ عن ذِكْرِ اللهِ تعالى وعن الصَّلَاةِ ، فَأَشْبَهَ اللَّعِبَ بالنَّزْدِ . وقولهم : لا نَصُّ فيها . قد ذكرنا فيها نصًّا ، وهي أيضًا في معنى النَّزْدِ المنصوص على تحريمه . وقولهم : إنَّ ^(٤٤) فيها تَذْيِيرُ الحرب . قلنا : لا يُقْصَدُ هذا منها ، وأكثرُ اللَّاعِبِينَ / بها إِنَّمَا يَقْصِدُونَ منها اللَّعِبَ والقِمَارَ ^(٤٥) . وقولهم : إنَّ الْمُعْوَلَ فيها على تَذْيِيرِهِ . فهذا ^(٤٦) أَبْلَغُ في اشْتِغَالِهَا ، وَصَدَّهَا عن ذِكْرِ اللهِ والصَّلَاةِ ^(٤٧) . إِذَا ثَبِتَ هذا ، فقال أحمدُ : التَّرْدُّ أَشَدُّ من الشَّطْرُنِجِ . وَإِنَّمَا قَالِ ذلك ؛ لَوُرُودِ النَّصِّ في التَّرْدِ ، والإِجْمَاعِ على تحريمِها ، بخلافِ الشَّطْرُنِجِ . وَإِذَا ثَبِتَ تحريمُها ^(٤٨) ، فقال القاضي : هو كالنَّزْدِ في رَدِّ الشَّهَادَةِ به . وهذا قولُ مالِكٍ ، وأبَى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّه مُحَرَّمٌ مثله . وقال أبو بكرٍ : إنَّ فَعْلَهُ مَنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ، فهو كالنَّزْدِ في حَقِّهِ ، وإنَّ فَعْلَهُ مَنْ يَعْتَقِدُ إِباحَتَهُ ، لم تُرَدِّ شهادَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْغَلَهُ عن الصَّلَاةِ في أَوَاقِيتِهَا ، أَوْ يُخْرِجَهُ ^(٤٩) إِلَى الحَلِيفِ الكاذِبِ ، ونحوِهِ من المُحَرَّمَاتِ ، أَوْ يَلْعَبَ بها على الطَّرِيقِ ، أَوْ يَفْعَلَ في لَعِبِهِ ما يُسْتَخَفُّ به من أَجْلِهِ ، ونحوِ هذا ، ممَّا يُخْرِجُهُ عن المُرُوءَةِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وذلك لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه ، فَأَشْبَهَ سائِرَ الْمُخْتَلَفِ فيه .

فصل : واللَّاعِبُ بالحمامِ يُطَيِّرُها ، لا شهادَةَ له . وهذا قولُ أصحابِ الرَّأْيِ . وكان شُرَيْحٌ لا يُجِيزُ شهادَةَ صاحبِ حَمَامٍ ولا حَمَّامٍ ؛ وذلك لأنَّه سَفَهٌ ودَنَاءَةٌ وَقَلَّةُ مُرُوءَةٍ ، وَيَتَضَمَّنُ أَذَى الجِرَانِ بِطَيْرِه ، وإِشْرَافَهُ على دُورِهِمْ ، وَرَمِيهِ ^(٥٠) . إِنَّاها بالحِجَارَةِ . وقد

(٤٣) وأخرجه ابن حبان ، في المجروحين ٢/٢٩٧ ، وابن الجوزي ، في العلل المتناهية ٢/٢٩٧ . وانظر حاشيته .
وصاحب الشاه : من يلعب بالشطرنج .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) في ب ، م : « أو القمار » .

(٤٦) في م : « فهو » .

(٤٧) في أ : « وعن الصلاة » .

(٤٨) في م : « تحريما » .

(٤٩) في الأصل : « ويخرجه » .

(٥٠) في الأصل : « ورميهم » .

رَأَى النَّبِيُّ ﷺ رَجُلًا يَتَّبِعُ حَمَامًا ، فَقَالَ : « شَيْطَانٌ يَتَّبِعُ شَيْطَانَةً » ^(٥١) . وَإِنْ اتَّخَذَ الْحَمَامُ لَطْلِبَ فِرَاحِهَا ، أَوْ لَحْمِلَ الْكُتْبِ ، أَوْ لِلْأُنْسِ بِهَا مِنْ غَيْرِ أَذَى يَتَّعَدِي إِلَى النَّاسِ ، لَمْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ . وَقَدْ رَوَى عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَشَكَا إِلَيْهِ الْوَحْشَةَ ، فَقَالَ : « اتَّخَذَ زَوْجًا مِنْ حَمَامٍ » ^(٥٢) .

فصل : فَأَمَّا الْمُسَابَقَةُ الْمَشْرُوعَةُ ، بِالْحَيْلِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانَاتِ ، أَوْ عَلَى الْأَقْدَامِ ، فَمُبَاحٌ ^(٥٣) لَا دَنَاءَةَ فِيهِ ^(٥٤) ، وَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَشْرُوعِيَّةَ ذَلِكَ فِي بَابِ الْمُسَابَقَةِ ^(٥٥) . وَكَذَلِكَ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ الثَّقَافِ ، وَاللَّعِبِ بِالْجِرَابِ . وَقَدْ لَعِبَ الْحَبِشَةُ بِالْجِرَابِ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَامَتْ عَائِشَةُ خَلْفَهُ تَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ، وَتَسْتَتِرُ بِهِ ، حَتَّى مَلَتْ ^(٥٦) . وَلَئِنْ فِي هَذَا تَعَلُّمًا لِلْحَرْبِ ، فَإِنَّهُ مِنْ آيَاتِهِ ، فَأُشْبِهَ الْمُسَابَقَةَ / بِالْحَيْلِ ، وَالْمُنَاضَلَةَ ، وَسَائِرَ اللَّعِبِ ، إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنْ ضَرَرًا ، وَلَا شَعْلًا عَنْ فَرَضٍ ، فَالْأَصْلُ إِبَاحَتُهُ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ فِيهِ دَنَاءَةٌ يَتَرَفَّعُ عَنْهُ ذَوُو الْمُرُوءَاتِ ، مَنَعَ الشَّهَادَةَ إِذَا فَعَلَهُ ظَاهِرًا ، وَتَكَرَّرَ مِنْهُ ، وَمَا كَانَ مِنْهُ لَا دَنَاءَةَ فِيهِ ، لَمْ تُرَدَّ بِهِ ^(٥٧) الشَّهَادَةُ بِحَالٍ .

فصل : فِي الْمَلَاهِي : وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ ؛ مُحَرَّمٌ ، وَهُوَ ضَرْبُ الْأَوْتَارِ وَالنَّيَّاتِ ، وَالْمَزَامِيرِ كُلِّهَا ، وَالْعُودِ ، وَالطُّبُورِ ، وَالْمَعَزَفَةِ ، وَالرَّيَابِ ، وَنَحْوِهَا ، فَمَنْ أَدَامَ اسْتِمَاعَهَا ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا ظَهَرَتْ فِي أُمَّتِي خَمْسَ عَشْرَةَ خَصْلَةً ، حُلَّ بِهِمُ الْبَلَاءُ » ^(٥٨) . فَذَكَرَ مِنْهَا

(٥١) أخرجه أبو داود ، في : باب في اللعب بالحمام ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٤٥/٢ .

(٥٢) أخرجه الخطيب ، في : تاريخ بغداد ١٩٩/٥ .

(٥٣) في ١ ، ب ، م : « فمباحة » .

(٥٤) في م : « فيها » .

(٥٥) تقدم في : ٤٠٤/١٣ .

(٥٦) تقدم تحريجه ، في : ٥٠٧/٩ .

(٥٧) في م : « بها » .

(٥٨) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في علامة حلول المسخ والخسف ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذی ٥٨/٩ .

إظهار المعازف والملاهي . وقال سعيد^(٥٩) : ثنا فرج بن فضالة ، عن علي بن يزيد ، عن القاسم ، عن أبي أمامة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ بَعَثَنِي رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ، وَأَمَرَنِي بِمَحَقِّ الْمَعَازِفِ وَالْمَزَامِيرِ ، لَا يَحِلُّ بَيْعُهُنَّ وَلَا شِرَاؤُهُنَّ وَلَا تَعْلِيمُهُنَّ وَلَا تَجَارَةُ فِيهِنَّ ، وَتَمْنُهُنَّ حَرَامٌ »^(٦٠) . يعنى الضاريات . وروى نافع ، قال : سمع ابن عمر مزماراً ، قال : فوضع إصبعيه في أذنيه ، ونأى عن الطريق ، وقال لي : يا نافع ، هل تسمع شيئاً ؟ قال : فقلت : لا . قال : فرفع إصبعيه من أذنيه ، وقال : كنت مع النبي ﷺ ، فسمع مثل هذا ، فصنع مثل هذا . رواه الحلال ، في « جامع » من طريقين ، ورواه أبو داود ، في « سننه »^(٦١) ، وقال : حديث منكّر . وقد احتج قوم^(٦٢) بهذا الخبر على إباحة المزمار ، وقالوا : لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ، ومنع ابن عمر نافعاً من سماعه^(٦٣) ، ولأنكر على الزام بها . قلنا : أما الأول فلا يصح ؛ لأن المحرم استماعها دون سماعها ، والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ، ولم يوجبوا على من سمع شيئاً^(٦٤) محرماً سداً أذنيه ، وقال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ ﴾^(٦٥) . ولم يقل : سدوا آذانهم . والمستمع / هو الذي يقصد السماع ، ولم يوجد هذا من ابن عمر ، وإنما وجد منه السماع ؛ ولأن النبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه ؛ لأنه عدل عن الطريق ، وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع إلى الطريق ، ولا يرفع إصبعيه عن أذنيه ، حتى ينقطع الصوت عنه ، فأبيح للحاجة . وأما الإنكار ، فلعله كان في أول الهجرة ، حين لم يكن الإنكار واجباً ، أو قبل إمكان الإنكار ؛ لكثرة الكفار ، وقلة أهل الإسلام . فإن قيل : فهذا الخبر ضعيف . فإن أبا

(٥٩) في الزيادة : « بن جبير » .

(٦٠) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥/ ٢٥٧ ، ٢٦٨ .

(٦١) تقدم تخريجه ، في : ١٠/ ١٩٩ .

(٦٢) سقط من : ب .

(٦٣) في ١ ، ب ، م : « استماعه » .

(٦٤) سقط من : الأصل .

(٦٥) سورة القصص ٥٥ .

داودَ رواه ، وقال : هو ^(٦٦) حديثٌ مُنكَرٌ . قلنا : قد رواه الحَلَّالُ بإسنادِهِ من طريقيْن ، ففعلَ أبا داودَ ضَعْفَهُ لَأَنَّهُ لم يَقَعْ لَهُ إِلَّا من إحدَى الطَّرِيقَيْنِ . وَضَرَبَ مُبَاحٌ ؛ وَهُوَ الدُّفُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « اُعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفِّ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ^(٦٧) . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ مَكْرُوهٌ فِي غَيْرِ النِّكَاحِ ؛ لَأَنَّهُ يُرَوَى عَنْ عَمْرٍ ، أَنَّهُ كَانَ إِذَا سَمِعَ صَوْتَ الدُّفِّ ، بَعَثَ فَنَظَرَ ، فَإِنْ كَانَ فِي وَلِيْمَةٍ سَكَتَ ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهَا ، عَمَدَ بِالذَّرَّةِ ^(٦٨) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْهُ ، فَقَالَتْ : إِنِّي نَذَرْتُ أَنْ رَجَعْتُ مِنْ سَفَرِكَ سَالِمًا ، أَنْ أَضْرِبَ عَلَى رَأْسِكَ بِالدُّفِّ ^(٦٩) . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَوْفِ بِنَذْرِكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٧٠) . وَلَوْ كَانَ مَكْرُوهًا لَمْ يَأْمُرْهَا بِهِ وَإِنْ كَانَ مَنذُورًا . وَرَوَى الرَّبِيعُ بْنُثُ مَعُودٍ ، قَالَتْ : دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَبِيحَةَ بَيْتِي ، فَجَعَلَتْ جَوَازِيْرَاتٍ يَضْرِبْنَ بِدُفٍّ لَهْنًا ، وَيَنْدُبْنَ مَنْ قُتِلَ مِنْ آبَائِي يَوْمَ بَدْرٍ ، إِلَى أَنْ قَالَتْ إِحْدَاهُنَّ : وَفِينَا نَبِيٌّ يَعْلَمُ مَا فِي غَدٍ . فَقَالَ : « دَعَى هَذَا ، وَقَوْلِي الَّذِي كُنْتُ تَقُولِينَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٧١) . وَأَمَّا الضَّرْبُ بِالرِّجَالِ فَمَكْرُوهٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ يَضْرِبُ بِهِ النِّسَاءُ ، وَالْمُخَنَّثُونَ ^(٧٢) الْمُتَشَبِّهُونَ بِهِنَّ ، فَفِي ضَرْبِ الرِّجَالِ بِهِ تَشْبُهٌ بِالنِّسَاءِ ، وَقَدْ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ ^(٧٣) . فَأَمَّا الضَّرْبُ

(٦٦) في ب : « هذا » .

(٦٧) تقدم تخريجه ، في : ٤٦٨/٩ .

(٦٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الغناء والدف ، من كتاب الجامع . المصنف ٥/١١ .

(٦٩) سقط من : أ ، ب .

(٧٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥ .

(٧١) أخرجه البخاري ، في : باب حدثني خليفة حدثنا محمد ، من كتاب المغازي ، وفي : باب ضرب الدف في النكاح والوليمة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ١٠٥/٥ ، ٢٥/٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في النهي عن الغناء ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٧٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٠٩/٤ . وابن ماجه ، في : باب الغناء والدف ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١١/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٩/٦ ، ٣٦٠ . وليس في صحيح مسلم ، انظر : تحفة الأشراف ٣٠١/١١ ، ٣٠٢ .

(٧٢) في الأصل : « أو المخنثون » .

(٧٣) أخرجه البخاري ، في : باب المتشبهون بالنساء والمتشبهات بالرجال ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري =

٧٢/١١ ظ بالقَضِيْبِ، فَيُكْرَهُ^(٧٤) إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ مُحَرَّمٌ أَوْ مَكْرُوهٌ، / كَالْتَصْنِيفِ وَالْغِنَاءِ وَالرَّقْصِ، وَإِنْ خَلَا عَنْ ذَلِكَ كُلُّهُ لَمْ يُكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِآلَةٍ وَلَا بَطَرٍ، وَلَا يُسْمَعُ مُنْفَرِدًا، بِخِلَافِ الْمَلَاهِي. وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كَمَا قُلْنَا.

فصل: واخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْغِنَاءِ؛ فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الْخَلَّالُ، وَصَاحِبُهُ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ، إِلَى إِبَاحَتِهِ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ: وَالْغِنَاءُ وَالنَّوْحُ مَعْنًى وَاحِدٌ، مُبَاحٌ مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مُنْكَرٌ، وَلَا فِيهِ طَعْنٌ. وَكَانَ الْخَلَّالُ يَحْمِلُ الْكَرَاهَةَ^(٧٥) مِنْ أَحْمَدَ عَلَى الْأَفْعَالِ الْمَذْمُومَةِ، لَا عَلَى الْقَوْلِ بَعِيْنِهِ. وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّهُ سَمِعَ مِنْ^(٧٦) عِنْدِ ابْنِهِ صَالِحٍ قَوْلًا، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ، وَقَالَ لَهُ صَالِحٌ: يَا أَبَتِ، أَلَيْسَ كُنْتَ تَكْرَهُ هَذَا؟ فَقَالَ: إِنَّهُ قِيلَ لِي: إِنَّهُمْ يَسْتَعْمِلُونَ الْمُنْكَرَ. وَمَنْ ذَهَبَ إِلَى إِبَاحَتِهِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ، سَعَدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَالْعَبْرِيُّ؛ لَمَّا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: كَانَتْ عِنْدِي جَارِيتَانِ تُغْنِيَانِ، فَدَخَلَ^(٧٧) أَبُو بَكْرٍ، فَقَالَ: مَزْمُورُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ! فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «دَعُهُمَا، فَإِنَّهَا أَيَّامُ عِيدٍ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٧٨). وَعَنْ عَمْرِو، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: الْغِنَاءُ زَادُ الرَّكَبِ. وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، قَالَ: هُوَ مِنَ اللَّهْوِ الْمَكْرُوهِ. وَقَالَ أَحْمَدُ: الْغِنَاءُ يُنْبِئُ النَّفَاقَ^(٧٩) فِي الْقَلْبِ، لَا يُعْجِبُنِي. وَذَهَبَ آخَرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى تَحْرِيمِهِ. قَالَ أَحْمَدُ: فِي مَنْ مَاتَ وَخَلَّفَ وَلَدًا يَتِيمًا، وَجَارِيَةً مُغْنِيَةً، فَاحْتَاجَ الصَّبِيَّ إِلَى بَيْعِهَا، ثُبَاغٌ سَادَجَةٌ. قِيلَ لَهُ: إِنَّهَا تُسَاوِي

= ٢٠٥/٧. وَأَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ لِبَاسِ النِّسَاءِ، مِنْ كِتَابِ اللَّبَاسِ. سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٣٨١/٢. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمُتَشَبِّهَاتِ بِالرِّجَالِ مِنَ النِّسَاءِ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَدَبِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٣٤/١٠. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ فِي الْخُنْثَيْنِ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٦١٤/١. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٢٥٤/١، ٣٣٠، ٣٣٩، ٢٨٧/٢، ٢٨٩.

(٧٤) فِي ب، م: «فَمَكْرُوهٌ».

(٧٥) فِي الْأَصْلِ: «الْكَرَاهِيَةُ».

(٧٦) سَقَطَ مِنْ: أ، م.

(٧٧) فِي ب: «وَدَخَلَ».

(٧٨) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ، فِي: ٢٠٦/١٠.

(٧٩) فِي ب: «لِلنِّفَاقِ».

مُغْنِيَّةٌ ثَلَاثِينَ أَلْفًا ، وَتُسَاوِي سَادَجَةً عِشْرِينَ دِينَارًا . قَالَ : لَا تَبَاغُ إِلَّا عَلَى أَنَّهَا سَادَجَةٌ .
 وَاحْتَجُّوا عَلَى تَحْرِيمِهِ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ
 الزُّورِ ﴾ ^(٨٠) . قَالَ : الْغِنَاءُ . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَمِنَ النَّاسِ
 مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ ﴾ ^(٨١) . قَالَ : هُوَ الْغِنَاءُ ^(٨٢) . وَعَنْ أَبِي أُمَامَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ /
 ٧٣/١١
 نَهَى عَنْ شِرَاءِ الْمُغْنِيَّاتِ ، وَبَيْعِهِنَّ ، وَالتَّجَارَةِ فِيهِنَّ ، وَأَكْلِ أَثْمَانِهِنَّ حَرَامٌ . أَخْرَجَهُ
 التِّرْمِذِيُّ ^(٨٣) ، وَقَالَ : لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا ^(٨٤) مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ يَزِيدَ ، وَقَدْ تَكَلَّمَ فِيهِ أَهْلُ
 الْعِلْمِ . وَرَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْغِنَاءُ يُنْبِتُ التَّفَاقُ فِي الْقَلْبِ » ^(٨٥) .
 وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَنْ اتَّخَذَ الْغِنَاءَ صِنَاعَةً ، يُؤْتِي لَهُ ،
 وَيَأْتِي لَهُ ، أَوْ اتَّخَذَ غُلَامًا أَوْ جَارِيَةً مُغْنِيَيْنِ ، يَجْمَعُ عَلَيْهِمَا النَّاسَ ، فَلَا شَهَادَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا
 عِنْدَ مَنْ لَمْ يَحْرَمْهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ وَسُقُوطُ مَرْوَةٍ ، وَمَنْ حَرَّمَهُ فَهُوَ مَعَ سَفَهِهِ عَاصٍ . مُصِِّرٌ
 مُتَظَاهِرٌ بِفُسُوقِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَإِنْ كَانَ لَا يَنْسِبُ نَفْسَهُ إِلَى
 الْغِنَاءِ ، وَإِنَّمَا يَتَرْتَمُّ لِنَفْسِهِ ، وَلَا يُغْنِي النَّاسَ ، أَوْ كَانَ غُلَامَهُ وَجْهًا لِمَا يُغْنِيَانِ لَهُ ، اثْبَتِي
 هَذَا عَلَى الْخِلَافِ فِيهِ . فَمَنْ أَبَا حَهُ أَوْ كَرِهَهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَمَنْ حَرَّمَهُ ، قَالَ : إِنْ
 دَاوَمَ ^(٨٦) عَلَيْهِ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، كَسَائِرِ الصَّغَائِرِ ، وَإِنْ لَمْ يُدَاوِمْ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ
 فَعَلَهُ مَنْ يَعْتَقِدُ حِلَّهُ ، فِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِمَا لَا يَشْتَهَرُ بِهِ مِنْهُ ، كَسَائِرِ
 الْمُخْتَلَفِ فِيهِ مِنَ الْفُرُوعِ . وَمَنْ كَانَ يَغْتَشِي بُيُوتَ الْغِنَاءِ ، أَوْ يَغْتَشِي حُجُومَهُنَّ لِلسَّمَاعِ ^(٨٧) ،
 مُتَظَاهِرًا بِذَلِكَ ، وَكَثُرَ مِنْهُ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ . وَإِنْ كَانَ

(٨٠) سورة الحج ٣٠ .

(٨١) سورة لقمان ٦ .

(٨٢) أخرجه الطبري ، في : تفسير الآية . تفسير الطبري ٦١/٢١ .

(٨٣) في : باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات ، من كتاب البيوع . عارضة الأخوذى .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ .

(٨٤) سقط من : الأصل .

(٨٥) في م : « وقال » .

(٨٦) أخرجه أبو داود ، في : باب كراهية الغناء والزمر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٧٩/٢ .

(٨٧) في الأصل : « دام » .

(٨٨) في ١ : « للاستماع » .

مُسْتَتِرًا^(٨٩) به ، فهو كالمُعْتَى لِنَفْسِهِ ، على ما ذُكِرَ من التَّفْصِيلِ فيه .

فصل : فَأَمَّا الْحَدَاءُ ، وهو الإنشاد الذي تُسَاقُ به الإبلُ ، فمُبَاحٌ ، لا بَأْسَ^(٩٠) في فعله واستِماعه ؛ لما رَوَى عن^(٩١) عائشة ، رضى الله عنها ، قالت : كُنَّا مع رسول الله ﷺ في سَفَرٍ ، وكان عبد الله بن رَوَاحَةَ جَيْدَ الْحَدَاءِ ، وكان مع الرجالِ ، وكان أنجَشَةُ مع النساءِ ، فقال النبي ﷺ لابن رَوَاحَةَ : « حَرِّكِ بِالْقَوْمِ » . فاندفعَ يَرْتَجِزُ ، فتبعه أنجَشَةُ ، فَأَعْتَقَتِ الإبلُ ، فقال النبي ﷺ لأنجَشَةَ : « رُويَدُكَ ، رِفْقًا بِالْقَوَارِيرِ »^(٩٢) . يعنى النساءَ . وكذلك / تَشْيِيدُ الْأَعْرَابِ ، وهو التَّصَبُّ ، لا بَأْسَ به ، وسائر أنواع الإنشادِ ، ما لم يَخْرُجْ إلى حَدِّ الْغِنَاءِ . وقد كان النبي ﷺ يَسْمَعُ إنشَادَ الشَّعْرِ ، فلا يَنْكِرُهُ . والغِنَاءُ ، من الصَّوْتِ ، مَمْدُودٌ مَكْسُورٌ . والغِنَى ، من المالِ ، مَقْصُورٌ . والحَدَاءُ ، مَضْمُونٌ مَمْدُودٌ ، كالدُّعَاءِ والرُّعَا ، وَيَجُوزُ الْكُسْرُ ، كالتَّدَايِ وَالْهَجَايِ وَالْغِدَايِ .

فصل : والشَّعْرُ كاللَّكَلَامِ ؛ حَسَنُهُ كحَسَنِهِ ، وقَبِيحُهُ كقَبِيحِهِ . وقد رَوَى عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّ مِنَ الشَّعْرِ لَحُكْمًا »^(٩٣) ، وكان يَضَعُ لِحْسَانَ مِنْبَرًا يَقُومُ عليه ، فَيَهْجُو مَنْ

(٨٩) في ١ : « مستترا » . وفي ب ، م : « معتبرا » .

(٩٠) في ١ ، ب ، م زيادة : « به » .

(٩١) في الأصل : « أن » .

(٩٢) لم نجده عن عائشة ، وأخرجه عن أنس بن مالك ، البخارى ، في : باب المعارض مندوحة عن الكذب ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٥٨/٨ . ومسلم ، في : باب رحمة النبي ﷺ بالنساء ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨١١/٤ ، ١٨١٢ . وابن حبان ، انظر : الإحسان ٥٢٢/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٧/٣ ، ١١٧ ، ١٧٢ ، ١٧٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٢ ، ٢٠٦ ، ٢٢٧ ، ٢٥٤ . وأخرجه عن عبد الله بن رَوَاحَةَ ، النسائي في الكبرى . انظر : تحفة الأشراف ٣١٩/٤ . وأخرجه النسائي أيضا في الكبرى ، عن عمر . انظر : تحفة الأشراف ٩٨/٨ ، ٩٩ .

(٩٣) أخرجه البخارى ، في : باب ما يجوز من الشعر والرجز والحداء وما يكره منه ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٤٢/٨ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الشعر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٩٨/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء : إن من الشعر حكمة ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٢٨٨/١٠ . وابن ماجه ، في : باب الشعر ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢٣٥/٢ ، ١٢٣٦ . والدارمى ، في : باب في أن من الشعر حكمة ، من كتاب الاستبذان . سنن الدارمى ٢٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/١ ، ٢٧٣ ، ٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٣ ، ٣٢٧ ، ٣٣٢ ، ١٢٥/٥ .

هَجَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ والمسلمين^(٩٤). وَأَنْشَدَهُ كَعْبُ بْنُ زُهَيْرٍ قَصِيدَةً :

* بَأْتَتْ سَعَادُ فَقَلْبِي الْيَوْمَ مَتَّبُولٌ *

في المسجد^(٩٥). وَقَالَ لَهُ عُمَةُ الْعَبَّاسُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَمْتَدِحَكَ . فَقَالَ :
« قُلْ ، لَا يَفْضُضُ اللَّهَ فَالْكُ » . فَأَنْشَدَهُ :

مِنْ قَبْلِهَا طِبَّتْ فِي الظَّلَالِ وَفِي مُسْتَوْدَعٍ حَيْثُ يُخْصَفُ الْوَرَقُ^(٩٦)
وَقَالَ عَمْرُو بْنُ الشَّرِيدِ : أَرَدَفَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : « أَمَعَكَ مِنْ شِعْرِ أُمِّيَّةٍ ؟ » .
قُلْتُ : نَعَمْ . فَأَنْشَدْتُهُ بَيْتًا ، فَقَالَ : « هَيْه » . فَأَنْشَدْتُهُ بَيْتًا ، فَقَالَ : « هَيْه » . حَتَّى
أَنْشَدْتُهُ مِائَةَ قَافِيَةٍ^(٩٧) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ يَوْمَ حُنَيْنٍ :

أَنَا النَّبِيُّ لَا كَذِبُ

أَنَا ابْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ^(٩٨)

وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي هَذَا ، فَقِيلَ : لَيْسَ بِشِعْرِ ، وَإِنَّمَا هُوَ كَلَامٌ مُوزُونٌ . وَقِيلَ : بَلْ هُوَ شِعْرٌ ،
وَلَكِنَّهُ بَيْتٌ وَاحِدٌ قَصِيرٌ ، فَهُوَ كَالْتَنَثِيرِ . وَيُرْوَى^(٩٩) أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ قِيلَ لَهُ : مَا مِنْ أَهْلِ
بَيْتٍ فِي الْأَنْصَارِ ، إِلَّا وَقَدْ قَالَ الشَّعْرَ . قَالَ : وَأَنَا قَدْ قُلْتُ :

(٩٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الشَّعْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٥٩٩/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي
إِنْشَادِ الشَّعْرِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَدَبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٨٩/١٠ .
(٩٥) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ شَبَّ فَلَمْ يَسْمَ أَحَدًا ... ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٤٣/١٠ .
وَعَجَزَ الْبَيْتُ :

* مُتَتِمِّمٌ لِرَثَرِهَا لَمْ يُفَدَّ مَكْبُولٌ *

وَانْظُرْ : دِيوانه ٢٥-٦ .

(٩٦) عَزَاهُ الْهَيْثَمِيُّ إِلَى الطَّبْرَانِيِّ . مَجْمَعُ الزَّوَائِدِ ٢١٧/٨ ، ٢١٨ .
(٩٧) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ الشَّعْرِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٧٦٧/٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الشَّعْرِ ، مِنْ كِتَابِ
الْأَدَبِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ١٢٣٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٨٨/٤ - ٣٩٠ .
(٩٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَادَ دَابَّةَ غَيْرِهِ فِي الْحَرْبِ ، وَبَابِ بَغْلَةِ النَّبِيِّ ﷺ الْبَيْضَاءِ ، وَبَابِ مَنْ صَفَّ أَصْحَابَهُ
عِنْدَ الْهَزِيمَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، فِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٣٧/٤ ، ٣٩ ، ٨١ ، ١٩٤/٥ ، ١٩٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ حُنَيْنٍ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ
مُسْلِمٍ ١٤٠٠/٣ ، ١٤٠١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الثِّبَاتِ عِنْدَ الْقِتَالِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجِهَادِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
١٨٤/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٨١/٤ ، ٣٠٤ .
(٩٩) فِي ب : « قِيلَ وَيُرْوَى » .

يُرِيدُ الْمَرْءُ أَنْ يُعْطَى مِنْهُ وَيَأْبَى إِلَهِي اللَّهُ إِلَّا مَا أَرَادَا
يَقُولُ الْمَرْءُ فَأَيَّدَتْنِي وَمَالِي وَتَقَوَّى اللَّهُ أَفْضَلَ مَا اسْتَفَادَا^(١٠٠)

وليس في إباحة الشعر خلاف، وقد قاله الصحابة والعلماء، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية^(١٠١)، والاستشهاد به في التفسير، وتعرف معاني كلام الله تعالى، وكلام رسوله ﷺ، ويستدل به أيضاً على النسب، والتاريخ^(١٠٢)، وأيام العرب. ويقال: الشعر ديوان العرب. فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَالشُّعْرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾^(١٠٣) وقال النبي ﷺ: «لَأَنْ يَمْتَلِي جَوْفُ أَحَدِكُمْ قَيْحاً حَتَّى يَرِيَهُ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمْتَلِي شِعْراً». رواه أبو داود، وأبو عبيد^(١٠٤). وقال: معنى يريه، يأكل جوفه، يقال: وراه يريه، قال الشاعر^(١٠٥):

و٧٤/١١

وَرَاهُنَّ رَيْيَ مِثْلَ مَا قَدْ وَرَيْتَنِي وَأَحْمَى عَلَى أَكْبَادِهِنَّ الْمَكَوِيَا
قُلْنَا: أَمَا الْآيَةُ، فالمراد بها من أسرف وكذب؛ بدليل وصفه لهم بقوله: ﴿الَّذِينَ تَرَأَتْهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَهْمُونَ* وَأَنْتُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ﴾^(١٠٦). ثم استثنى المؤمنين، فقال: ﴿إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا﴾^(١٠٧). ولأن الغالب على

(١٠٠) أورده ابن عبد البر، في: الاستيعاب ١٦٤٨/٤.

(١٠١) سقطت الواو من: أ، م.

(١٠٢) في أ: «والتاريخ».

(١٠٣) سورة الشعراء ٢٢٤.

(١٠٤) أخرجه أبو داود، في: باب ماجاء في الشعر، من كتاب الأدب. سنن أبي داود ٥٩٨/٢. وأبو عبيد، في: غريب الحديث ٣٤/١-٣٦.

كما أخرجه البخاري، في: باب ما يكره أن يكون الغالب على الإنسان الشعر ...، من كتاب الأدب. صحيح البخاري ٤٥/٨. ومسلم، في: كتاب الشعر. صحيح مسلم ١٧٦٩/٤، ١٧٧٠. والترمذي، في: باب ماجاء: لأن يمتلي جوف أحدكم قَيْحاً ...، من أبواب الأدب. عارضة الأخوذى ٢٩٢/١٠. وابن ماجه، في: باب ما كرهه من الشعر، من كتاب الأدب. سنن ابن ماجه ١٢٣٦/٢، ١٢٣٧. والدارمي، في: باب: لأن يمتلي جوف أحدكم ...، من كتاب الاستئذان. سنن الدارمي ٢٩٧/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٧٥/١، ١٧٧، ١٨١، ٣٩/٢، ٩٦، ٢٨٨، ٣٣١، ٣٥٥، ٣٩١، ٤٧٨، ٤٨٠، ٨/٣، ٤١.

(١٠٥) هو سحيم عبد بنى الحسحاس. ديوانه ٢٤.

(١٠٦) سورة الشعراء ٢٢٥، ٢٢٦.

(١٠٧) سورة الشعراء ٢٢٧.

الشُّعْرَاءُ قِلَّةُ الدِّينِ ، وَالْكَذِبُ ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ ، وَهَجَاءُ الْأَبْرِيَاءِ ، سَيِّمًا مَنْ كَانَ فِي
 ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ ، مَنِ يَهْجُو الْمُسْلِمِينَ ، وَيَهْجُو النَّبِيَّ ﷺ ، وَيَعِيبُ الْإِسْلَامَ
 وَأَهْلَهُ ^(١٠٨) ، وَيَمْدَحُ الْكُفَّارَ ، فَوْقَ الدِّمِّ عَلَى الْأَغْلَبِ ، وَاسْتَشْنَى مِنْهُمْ مَنْ لَا يَفْعَلُ الْخِصَالَ
 الْمَذْمُومَةَ ، فَالْآيَةُ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، وَمَدْحُ أَهْلِهِ الْمُتَصِفِينَ بِالصِّفَاتِ الْجَمِيلَةِ . وَأَمَّا
 الْخَبَرُ ؛ فَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : مَعْنَاهُ أَنْ يَغْلِبَ عَلَيْهِ الشُّعْرُ حَتَّى يَشْغُلَهُ عَنِ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ . وَقِيلَ :
 الْمُرَادُ بِهِ مَا كَانَ هِجَاءً وَفُحْشًا ، فَمَا كَانَ مِنَ الشُّعْرِ يَتَضَمَّنُ هَجْوَ الْمُسْلِمِينَ ، وَالْقَذْحَ فِي
 أَعْرَاضِهِمْ ، أَوِ التَّشْيِيبَ ^(١٠٩) بِأَمْرَةٍ بَعَيْنِهَا ، بِالْإِفْرَاطِ ^(١١٠) فِي وَصْفِهَا ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا
 أَنَّهُ مُحَرَّمٌ . وَهَذَا إِنْ أُريدَ بِهِ أَنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى قَائِلِهِ ، فَهُوَ صَحِيحٌ ، وَأَمَّا عَلَى رَأْيِهِ فَلَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ
 الْمَغَازِي تَرَوَى فِيهَا قِصَائِدُ الْكُفَّارِ الَّذِينَ هَجَّوْا بِهَا ^(١١١) أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لَا
 يُنْكِرُ ذَلِكَ أَحَدٌ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَذِنَ فِي الشُّعْرِ الَّذِي تَقَاوَلَتْ بِهِ الشُّعْرَاءُ فِي يَوْمِ بَدْرٍ
 وَاحِدٍ وَغَيْرِهِمَا ، إِلَّا قَصِيدَةَ أُمِّهِ بْنِ أَبِي الصَّلْتِ الْحَائِيَّةِ ^(١١٢) . وَكَذَلِكَ يُرَوَى شِعْرُ قَيْسِ بْنِ
 الْخَطِيمِ ^(١١٣) ، فِي التَّشْيِيبِ بِعَمْرَةٍ بِنْتِ رَوَاحَةَ ، أُخْتِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ ، وَأُمِّ التُّعْمَانِ
 بْنِ بَشِيرٍ . وَقَدْ سَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ قَصِيدَةَ كَعْبِ بْنِ زُهَيْرٍ ، وَفِيهَا التَّشْيِيبُ بِسُعَادَ . وَلَمْ يَزَلْ
 النَّاسُ يَرَوْنَ أَمْثَالَ هَذَا ، وَلَا يُنْكِرُ . وَرَوَيْنَا أَنَّ التُّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ / دَخَلَ مَجْلِسًا فِيهِ رَجُلٌ
 يُعْنِيهِمْ بِقَصِيدَةِ قَيْسِ بْنِ الْخَطِيمِ ، فَلَمَّا دَخَلَ التُّعْمَانُ سَكَتُوهُ مِنْ قَبْلِ أَنْ فِيهَا ذِكْرُ أُمِّهِ ،
 فَقَالَ التُّعْمَانُ : دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقُلْ بَأْسًا ، إِنَّمَا قَالَ :

وَعَمْرَةَ مِنْ سَرَوَاتِ النَّسَا . . . تَنْفَحُ بِالْمِسْكِ أُرْدَانُهَا ^(١١٤)

وَكَانَ عِمْرَانُ بْنُ طَلْحَةَ فِي مَجْلِسٍ ، فَعَنَاهُمْ رَجُلٌ بِشِعْرِ فِيهِ ذِكْرُ أُمِّهِ ، فَسَكَتُوهُ مِنْ

(١٠٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٠٩) في ا ، ب ، م : « التشيب » .

(١١٠) في م : « والإفراط » .

(١١١) سقط من : الأصل .

(١١٢) القصيدة في : السيرة النبوية ٢/٣٠-٣٢ ، وأولها :

أَلَا يَكُنِّيَتِ عَلَى الْكُفْرَا مِ بَنِي الْكِرَامِ أُولَى الْمَادَا

(١١٣) قيس بن الخطيم من بني الأوس ، عاش في الجاهلية ، وأدرك الإسلام ولم يسلم ، وقتل قبل الهجرة . انظر مقدمة تحقيق الديوان ٧ ، ٨ .

(١١٤) القصيدة والبيت في ديوانه ٢٤ .

أَجْلِه ، فقال : دَعُوهُ ، فَإِنْ قَاتَلَ هَذَا الشَّعِيرَ ، كَانَ زَوْجَهَا . فَأَمَّا الشَّاعِرُ ، فَمَتَى كَانَ يَهْجُو الْمُسْلِمِينَ أَوْ يَمْدَحُ بِالْكَذِبِ ، أَوْ يَقْدِفُ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمَةً ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تُرَدُّ ، وَسَوَاءٌ قَدَفَ الْمُسْلِمَةَ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ . وَقَدْ قِيلَ : أَعْظَمُ النَّاسِ ذَنْبًا ، رَجُلٌ يَهْجُو رَجُلًا ، فِيَهْجُو الْقَبِيلَةَ بِأَسْرِهَا . وَقَدْ رَوَيْنَا أَنَّ أَبَا دُلَامَةَ^(١١٥) شَهِدَ عِنْدَ قَاضٍ ، أَظُنُّهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَلَعَلَّ الْقَاضِيَ سَوَّارٌ^(١١٦) ، فَخَافَ أَنْ يُرَدَّ شَهَادَتُهُ . فَقَالَ :

إِنَّ النَّاسَ غَطُّونِي تَغَطِّيَتْ عَنْهُمْ وَإِنْ بَحَثُوا عَنِّي فَفِيهِمْ مَبَاحِثُ
فَقَالَ الْقَاضِي : وَمَنْ يَبْحَثُكَ يَا أَبَا دُلَامَةَ . وَغَرِمَ الْمَالُ مِنْ عِنْدِهِ ، وَلَمْ يُظْهِرْ أَنَّهُ رَدَّ شَهَادَتَهُ .

فصل : فِي قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ بِالْأَلْحَانِ : أَمَّا قِرَاءَتُهُ مِنْ غَيْرِ تَلْجِينٍ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَإِنْ حَسَنَ صَوْتُهُ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : ^(١١٧) « زَيْنُوا أَصْوَاتَكُمْ بِالْقُرْآنِ » . وَرَوَى^(١١٧) : « زَيْنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ »^(١١٨) . وَقَالَ : « لَقَدْ أُوتِيَ أَبُو مُوسَى مِزْمَارًا مِنْ مِزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ »^(١١٩) . ^(١٢٠) وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِأَبِي مُوسَى : « لَقَدْ مَرَرْتُ بِكَ الْبَارِحَةَ ، وَأَنْتَ تَقْرَأُ ، وَلَقَدْ أُوتِيتَ مِزْمَارًا مِنْ مِزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ »^(١٢٠) . فَقَالَ أَبُو مُوسَى : لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكَ تَسْمَعُ ، لَحَبَّرْتُ لَكَ تَحْبِيرًا^(١٢١) . وَرَوَى أَنَّ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَبْطَأَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ لَيْلَةً ، فَقَالَ : « أَيْنَ كُنْتَ يَا عَائِشَةُ ؟ » . فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كُنْتُ أَسْتَمِعُ قِرَاءَةَ رَجُلٍ فِي الْمَسْجِدِ ، لَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا يَقْرَأُ أَحْسَنَ مِنْ قِرَاءَتِهِ . فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَاسْتَمَعَ قِرَاءَتَهُ ، ثُمَّ قَالَ : « هَذَا سَالِمٌ مَوْلَى أَبِي حَذِيفَةَ ، الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ فِي أُمَّتِي مِثْلَ هَذَا »^(١٢١) . وَقَالَ صَالِحٌ : قُلْتُ لِأَبِي : « زَيْنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ » . / مَا مَعْنَاهُ ؟

٧٥/١١ و

(١١٥) هُوَ زَيْدُ بْنُ الْجَوْنِ ، كُوفِي أَسَدٌ . كَانَ مَوْلَى لِبْنَى أَسَدٍ ، وَأَدْرَكَ آخِرَ أَيَّامِ بَنِي أُمَيَّةٍ ، وَالْقِصَّةُ وَالْبَيْتُ فِي : عِيُونَ الْأَخْبَارِ ٦٩/١ ، الْكَامِلُ ، لِلْمَبْرَدِ ٤٥/٢ ، ٤٦ ، الْأَغَانِي ٢٣٨/١٠ ، ٢٣٩ .

(١١٦-١١٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(١١٧-١١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١١٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٦١٤/٢ .

(١١٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٦١٥/٢ .

(١٢٠-١٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(١٢١) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٦١٥/٢ .

قال : أن يُحسِّنَه . وقيل له : ما معنى : « مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » . قال : يَرْفَعُ صَوْتَهُ بِهِ . وهكذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال اللَّيْثُ : يَتَحَزَّنُ بِهِ ، وَيَتَخَشَّعُ بِهِ ، وَيَتَبَاكَى بِهِ . وقال ابنُ عُيَيْنَةَ ، وَعَمْرُو بْنُ الْحَارِثِ ، وَوَكَيْعٌ : يَسْتَغْنِي بِهِ . فَأَمَّا الْقِرَاءَةُ بِالتَّلْحِينِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ لَمْ يُفْرِطْ فِي التَّمْطِيطِ وَالْمَدِّ وَإِشْبَاعِ الْحَرَكَاتِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِ قَرَأَ ، وَرَجَعَ ، وَرَفَعَ صَوْتَهُ . قال الرَّأوِيُّ : لَوْلَا أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ عَلَيَّ ، لَحَكَيْتُ لَكُمْ قِرَاءَتَهُ^(١٢٢) . وقال عليه السَّلامُ : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ »^(١٢٣) . وقال : « مَا أَذِنَ اللَّهُ لشيءٍ كَأَذْنِهِ لِنَبِيٍّ حَسَنِ الصَّوْتِ ، يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ ، يَجْهَرُ بِهِ »^(١٢٤) . ومعنى أَذِنَ : اسْتَمَعَ . قال الشاعر^(١٢٤) :

* فِي سَمَاعٍ يَأْذُنُ الشَّيْخُ لَهُ *

وقال القاضي : هو مَكْرُوهٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ . ونحوه قولُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وقال^(١٢٥) معنى قوله : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » . أَيْ : يَسْتَغْنِي بِهِ . قال الشَّاعِرُ :

وَكَنتُ أَمْرًا زَمَنًا بِالْعِرَاقِ عَفِيفَ الْمُنَاجِ كَثِيرَ التَّغْنِي

قال : وَلَوْ كَانَ مِنَ الْغِنَاءِ بِالصَّوْتِ ، لَكَانَ مَنْ لَمْ يُعَنَّ بِالْقُرْآنِ لَيْسَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ .

(١٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح ، من كتاب المغازي ، وفي : باب تفسير سورة الفتح ، من كتاب التفسير ، وفي : باب القراءة على الدابة ، وباب الترجيع ، من كتاب فضائل القرآن . وفي : باب ذكر النبي ﷺ وروايته عن ربه ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١٨٧/٥ ، ٦٩/٦ ، ٢٣٨ ، ٢٤١ ، ٩٢/٩ . ومسلم ، في : باب ذكر قراءة النبي ﷺ سورة الفتح يوم فتح مكة ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٥٤٧/١ . وأبو داود ، في : باب استحباب الترتيل في القراءة ، من كتاب الوتر . سنن أبي داود ٣٣٨/١ . وانظر : تحفة الأشراف ١٨٠/٧ ، ١٨١ . والراوي هو عبد الله بن مغفل المزني .

(١٢٣) تقدم تخريجه ، في : ٦١٤/٢ .

(١٢٤) هو عدى بن زيد ، وهذا صدر بيت ، عجزه :

* وَحَدِيثٌ مِثْلُ مَا ذِي مُشَارٍ *

وهو في : غريب الحديث ١٤٠/٢ ، الصحاح ٧٠٤/٢ ، مقاييس اللغة ٧٦/١ ، ٢٢٦/٣ ، ٦٠/٣ ، اللسان والنتاج (شور ، أذن) .

والمأذَى المشار : العسل الأبيض المجتنى .

(١٢٥) في غريب الحديث ١٧١/٢ ، ١٧٢ .

والبيت للأعشى الكبير ، وهو في ديوانه ٢٥ .

وَرَوَى نَحْوُ هَذَا التَّفْسِيرِ عَنْ ابْنِ عُيَيْنَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْبِرْتَنِيُّ ^(١٢٦) : هَذَا قَوْلُ مَنْ أَدْرَكْنَا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ : يَتَغَنَّى بِالْقُرْآنِ ، يَجْهَرُ بِهِ . وَقِيلَ : يُحَسِّنُ صَوْتَهُ بِهِ ^(١٢٧) . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِنَ التَّلْحِينِ لَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَكْرُوهًا ، لَمْ يَفْعَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ . وَلَا يَصَحُّ حَمْلُهُ ^(١٢٨) التَّغَنَّى فِي حَدِيثٍ : « مَا أذنَ اللَّهُ لِشَيْءٍ ، كَأَذْنِهِ لِنَبِيِّ يَتَغَنَّى ^(١٢٩) بِالْقُرْآنِ » . عَلَى الْاسْتِغْنَاءِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى أَذِنَ : اسْتَمَعَ ، وَإِنَّمَا اسْتَمَعَ الْقِرَاءَةَ ، ثُمَّ قَالَ : يَجْهَرُ بِهِ . وَالْجَهْرُ صِفَةُ الْقِرَاءَةِ ، لَا صِفَةُ الْاسْتِغْنَاءِ . فَأَمَّا إِنْ أَقْرَطَ فِي الْمَدِّ وَالتَّمْطِيطِ وَإِشْبَاعِ الْحَرَكَاتِ ، بَحِثُ يَجْعَلُ الضَّمَّةَ وَأَوَّ ، وَالْفَتْحَةَ أَلْفًا ، وَالْكَسْرَةَ يَاءً ، كُرَّةَ ذَلِكَ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يُحَرِّمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُعَيِّرُ الْقُرْآنَ ، وَيُخْرِجُ الْكَلِمَاتِ عَنْ وَضْعِهَا ، وَيَجْعَلُ الْحَرَكَاتِ / حُرُوفًا . وَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ : مَا اسْمُكَ ؟ قَالَ : مُحَمَّدٌ . قَالَ : أَيْسُرُكَ ^(١٣٠) أَنْ يُقَالَ لَكَ : يَا مُوَحَّامِدُ ؟ قَالَ : لَا . فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَعَلَّمَ الرَّجُلُ الْأَلْحَانَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جِرْمُهُ ^(١٣١) مِثْلَ جِرْمِ ^(١٣٢) أُمِّي مُوسَى . فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : فَيُكَلِّمُونَ ؟ فَقَالَ : لَا ، كُلُّ ذَا . وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّهُ تُسْتَحَبُّ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ بِالتَّحْزِينِ وَالتَّرْتِيلِ وَالتَّحْسِينِ . وَرَوَى بُرَيْدَةُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَقْرَأُوا الْقُرْآنَ بِالْحُزْنِ ، فَإِنَّهُ نَزَلَ بِالْحُزْنِ » ^(١٣٣) . وَقَالَ الْمَرْوُذِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ قَالَ لِرَجُلٍ : لَوْ قَرَأْتَ . وَجَعَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ رَبَّمَا تَغَرَّغْتَ عَيْنَهُ . وَقَالَ زُهَيْرُ ابْنِ حَرْبٍ : كُنَّا عِنْدَ يَحْيَى الْقَطَّانِ ، فَجَاءَ مُحَمَّدُ بْنُ سَعِيدٍ التَّرْمِذِيُّ ، فَقَالَ لَهُ يَحْيَى :

٧٥/١١ ظ

(١٢٦) أبو العباس أحمد بن محمد بن عيسى البرقي الفقيه الحنفي ، توفي سنة ثمانين ومائة . الجواهر المضيئة

٣٠١/١ - ٣٠٣ .

(١٢٧) سقط من : ١ .

(١٢٨) في ١ ، م زيادة : « على » .

(١٢٩) في الأصل : « يغني » .

(١٣٠) في الأصل : « أسرك » .

(١٣١) في ١ ، ب ، م : « حرمه » .

(١٣٢) في ١ ، ب ، م : « حرم » .

(١٣٣) عزاه السيوطي إلى الطبراني في الأوسط وأبو يعلى ، وأبو نصر السجزي في الإبانة . الجامع الكبير ١٣٤/١ .

وانظر الأوسط ٤٢٧/٣ .

أقرأ^(١٣٤) . فغشّى على يحيى حتى حُمِلَ فأُدْخِلَ . وقال محمد بن صالح العدوي :
قرأت عند يحيى بن سعيد القطان ، فغشّى عليه ، حتى فاته خمس صلوات .

فصل : ولا تُقبل شهادة الطفلي ؛ وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة . وهذا
قال الشافعي . ولا نعلم فيه مخالفا ؛ وذلك لأنه يُروى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « مَنْ
أتى إلى طعام لم يدع إليه ، دَخَلَ سارقا ، وَخَرَجَ مُغِيرًا »^(١٣٥) . ولأنه يأكل مُحَرَّمًا ،
ويُفَعِّلُ ما فيه سَفَهَ ودَنَاءةَ وذهابَ مِرْوَةِ ، فإن لم يتكرَّرْ هذا منه ، لم تُردَّ شهادته ؛ لأنه من
الصغائر .

فصل : ومن سأل من غير أن تحل له المسألة ، فأكثر ، رُدَّتْ شهادته^(١٣٦) ؛ لأنه فَعَلَ
مُحَرَّمًا ، وأَكَلَ سُحْتًا ، وَأَتَى دَنَاءَةً . وقد رَوَى قَبِيصَةُ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنْ
الْمَسْأَلَةُ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةٍ ؛ رَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، فَاجْتَا حَتَّ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ
الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ ، حَتَّى
يَشْهَدَ لَهُ^(١٣٧) ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فَلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ لَهُ
الْمَسْأَلَةُ ، حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٍ تَحَمَّلَ حِمَالَةً ،
فَحَلَّتْ لَهُ / الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكَ ، فَمَا سِوَى ذَلِكَ^(١٣٨) مِنَ الْمَسْأَلَةِ^(١٣٨)
فَهُوَ سُحْتٌ ، يَأْكُلُهُ صَاحِبُهُ سُحْتًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رواه مسلم^(١٣٩) . فَأَمَّا السَّائِلُ مِمَّنْ
تُبَاحُ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، فَلَا تُردُّ شهادته بذلك ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ عُمُرِهِ سَائِلًا ، أَوْ يَكْثُرَ ذَلِكَ
مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُردَّ شهادته ؛ لِأَنَ ذَلِكَ دَنَاءَةٌ وَسُقُوطُ مِرْوَةٍ . وَمَنْ أَخَذَ مِنَ الصَّدَقَةِ مِمَّنْ
يَجُوزُ لَهُ الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، لَمْ تُردَّ شهادته ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ جَائِزًا ، لَا دَنَاءَةَ فِيهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا

٧٦/١١ و

(١٣٤) في الأصل ، ١ : « أقره » .

(١٣٥) في ١ ، ب ، م : « معيرا » . ومغيرا ، أى : ناهبا مال غيره .

وأخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في إجابة ... ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٣٠٦/٢ . والبيهقي ، في :

باب من لم يدع ثم جاء ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٢٦٥/٧ .

(١٣٦) سقط من : الأصل .

(١٣٧) سقط من : ب ، م .

(١٣٨) سقط من : الأصل .

(١٣٩) تقدم تخريجه ، في : ١١٩/٤ .

ما لا يجوز له ، وتكرّر ذلك منه ، رُدَّتْ شهادته ؛ لأنه مُصِرٌّ على الحرام .

فصل : ومن فعل شيئاً من الفروع مُخْتَلَفاً فيه ، مُعْتَقِداً إباحته ، لم تُرَدِّ شهادته ، كالمتزوّج بغير وليٍّ ، أو بغير شهودٍ ، وآكل متروك التَّسْمِيَةِ ، وشارب يسير النِّبِيدِ . نصٌّ عليه أحمدٌ ، في شارِبِ النِّبِيدِ ، يُحَدُّ ، ولا تُرَدُّ شهادته . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : تُرَدُّ شهادته ؛ لأنه فعل ما يَعْتَقِدُ الحَاكِمُ تحريمه ، فأشبههُ الْمُتَّفَقُ على تحريمه . ولنا ، أنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، كانوا يَخْتَلِفُونَ في الفروع ، فلم يَكُنْ بعضهم يَعِيبُ مَنْ خَالَفَهُ ، ولا يُفْسِقُهُ ، ولأنَّهُ فَرَعَ^(١٤٠) مُخْتَلَفٌ فيه ، فلم تُرَدِّ شهادَةُ فاعِلِهِ ، كالذي يُوَافِقُهُ عليه الحَاكِمُ . وإن فعل ذلك مُعْتَقِداً تحريمه ، رُدَّتْ شهادته^(١٤١) إذا تَكَرَّرَ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا تُرَدُّ شهادته به ؛ لأنه فعل لا تُرَدُّ به شهادة بعض الناس ، فلا تُرَدُّ به شهادة البعض الآخر ، كالمُتَّفَقِ على حِلِّهِ . ولنا ، أَنَّهُ فعلٌ يَحْرُمُ على فاعِلِهِ ، ويَأْتِي به ، فأشبههُ الْمُجْمَعُ على تحريمه ، وبهذا فارقَ مُعْتَقِدَ حِلِّهِ . وقد رَوَى عن أحمد ، في مَنْ يَجِبُ عليه الْحَجُّ فلا يَحُجُّ : تُرَدُّ شهادته . وهذا يُحْمَلُ على مَنْ اعْتَقَدَ وجوبَهُ على الفورِ . فأما مَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ على التَّراخِي ، ويتركُهُ بِنِيَّةٍ فَعِلِهِ ، فلا تُرَدُّ شهادته ، كسائر ما ذكرنا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُرَدِّ شهادته مُطْلَقاً ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ قَدَّرَ عَلَى الْحَجِّ فَلَمْ يَحُجَّ ، فَلَيُمُتْ إِنْ شَاءَ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا »^(١٤٢) . وقال عُمرُ : لقد هَمَمْتُ أَنْ أَنْظُرَ في النَّاسِ ، فَمَنْ وَجَدْتُهُ يَقْدِرُ على الْحَجِّ ولا يَحُجُّ ، ضَرَبْتُ عليه الْجَزِيَّةَ ، ثم قال : ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين .

١٨٩١ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْكُفَّارِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، فِي الْوَصِيَّةِ فِي الْمَقَرِّ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ غَيْرُهُمْ) ظ ٧٧/١١

وجملته ، أَنَّهُ إِذَا شَهِدَ بَوْصِيَّةَ الْمُسَافِرِ الَّذِي مَاتَ فِي سَفَرِهِ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، إِذَا لَمْ يُوجَدْ غَيْرُهُمَا ، وَيُسْتَحْلَفَانِ بَعْدَ الْعَصْرِ مَا خَانَا وَلَا كَتَمَا ، وَلَا

(١٤٠) في ١ ، ب ، م : « نوع » .

(١٤١) في م : « شهادة به » .

(١٤٢) تقدم تخريجه ، في ٣٧/٥ .

اشْتَرِيَا بَهْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴿١﴾ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى ، وَلَا تَكُنْتُمْ شَهِدَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴿٢﴾ .
قال ابن المُنْذِر : وبهذا قال أكابر الماضين . يعنى الآية التى فى سورة المائدة . وممن قاله
شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، ويحيى بن حَمَزَةَ ^(١) . وقضى بذلك ابن مسعود ، وأبو
موسى ، رضى الله عنهما ^(٢) . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا
تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ^(٣) عَلَى غَيْرِ الْوَصِيَّةِ ، لَا تُقْبَلُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ كَالْفَاسِقِ ^(٤) لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ،
فَالْكَافِرُ أَوْلَى . واختلفوا فى تأويل الآية ؛ فمَنْهُمْ مَنْ حَمَلَهَا عَلَى التَّحْمِيلِ دُونَ الْأَدَاءِ ، وَمِنْهُمْ
مَنْ قَالَ : الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ ^(٥) . أَى مِنْ غَيْرِ عَشِيرَتِكُمْ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ :
الشَّهَادَةُ فِي الْآيَةِ لِلْيَمِينِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا
حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ
ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ ﴾ . الْآيَةُ ^(٦) . وَهَذَا نَصُّ الْكِتَابِ ، وَقَدْ
قَضَى بِهِ ^(٧) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابُهُ ، فَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، قَالَ : خَرَجَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سَهْمٍ
مَعَ تَمِيمِ الدَّارِيِّ ، وَعَدِيَّ بْنِ زَيْدٍ ، فَمَاتَ السَّهْمِيُّ بِأَرْضٍ لَيْسَ بِهَا مُسْلِمٌ ، فَلَمَّا قَدِمَا بِتَرِكَتِهِ
فَقَدُوا ^(٨) جَامَ فَضَّةٍ مُّخَوَّصًا ^(٩) بِالذَّهَبِ ، فَأَخْلَفَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ وَجَدُوا الْجَامَ
بِمَكَّةَ ، فَقَالُوا : اشْتَرَيْنَاهُ مِنْ تَمِيمٍ وَعَدِيٍّ ، فَقَامَ رَجُلَانِ مِنْ أَوْلِيَاءِ السَّهْمِيِّ ، فَحَلَفَا بِاللَّهِ :

(١) سورة المائدة ١٠٦ .

(٢) يحيى بن حمزة بن واقد ، قاضى دمشق ، ثقة ، كثير الحديث ، توفى سنة ثلاث وثمانين ومائة . سير أعلام النبلاء
٣١٤/٨ ، ٣١٥ .

(٣) أخرجه عن شريح وأبي موسى ، البيهقي ، فى : باب من أجاز شهادة أهل الذمة ... ، من كتاب الشهادات . السنن
الكبرى ١٠/١٦٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب شهادة أهل الكفر على أهل الإسلام ، من كتاب الشهادات . المصنف
٣٦٠/٨ . والطبرى ، فى : تفسير الآية . تفسير الطبرى ٧/١٠٥ . كما أخرجه عن شريح وكيع ، فى : أخبار القضاة
٢٨١/٢ . ويأتى أثر ابن مسعود فى آخر المسألة .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) فى انبادة : « وَلَئِنْ الْفَاسِقُ » .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى الأصل : « فَقَدْ » .

(٨) مخوَّص : مُزَيَّن .

لشهادتهما أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّ الْجَامَ لَصَاحِبِهِمْ . فَنَزَلَتْ فِيهِمْ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ﴾ الآية . وعن الشَّعْبِيِّ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ بِدُقُوقًا^(٩) ، وَلَمْ يَجِدْ أَحَدًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ يُشْهِدُهُ عَلَى وَصِيَّتِهِ ، فَأَشْهَدَ رَجُلَيْنِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، فَقَدِمَا الْكُوفَةَ ، فَأَتَيَا الْأَشْعَرِيَّ ، فَأَخْبَرَاهُ ، / وَقَدِمَا بِتَرْكِتِهِ وَوَصِيَّتِهِ ، فَقَالَ الْأَشْعَرِيُّ : هَذَا أَمْرٌ لَمْ يَكُنْ بَعْدَ الَّذِي كَانَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَخْلَفَهُمَا بَعْدَ الْعَصْرِ مَا خَانَا ، وَلَا كَذَبًا ، وَلَا بَدَلًا ، وَلَا كَتَمًا ، وَلَا غَيْرًا ، وَأَنَّهَا لَوْصِيَّةُ الرَّجُلِ ، وَتَرْكِتُهُ ، فَأَمَضَنِي شَهَادَتُهُمَا . رَوَاهُمَا أَبُو دَاوُدَ ، فِي « سُنَنِهِ »^(١٠) . وَرَوَى الْخَلَّالُ حَدِيثَ أَبِي مُوسَى بِإِسْنَادِهِ . وَحَمَلَ الْآيَةَ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مِنْ غَيْرِ عَشِيرَتِكُمْ ، لَا يَصِيحُّ ؛ لِأَنَّ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي قِصَّةِ^(١١) عَدُوٍّ وَتَيْمِيمٍ ، بَلَا خِلَافٍ بَيْنَ الْمُفَسِّرِينَ ، وَقَدْ فَسَّرَهَا بِمَا قُلْنَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَأَبْنُ سِيرِينَ ، وَعَبِيدَةُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَسُلَيْمَانُ التَّيْمِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ ، وَدَلَّتْ عَلَيْهِ الْأَحَادِيثُ الَّتِي رَوَيْنَاهَا . وَلَأنَّهُ لَوْ صَحَّ مَا ذَكَرُوهُ ، لَمْ تَجِبِ الْإِيمَانُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ مِنَ^(١٢) الْمُسْلِمِينَ لَا قِسَامَةَ عَلَيْهِمْ . وَحَمَلُهَا عَلَى التَّحْمِيلِ لَا يَصِيحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِإِخْلَافِهِمْ ، وَلَا إِيْمَانٍ فِي التَّحْمِيلِ . وَحَمَلُهَا عَلَى الْيَمِينِ لَا يَصِيحُّ ؛ لِقَوْلِهِ : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا تَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ ﴾ . الْآيَةُ . وَلَأنَّهُ عَطَفَهَا عَلَى ذَوِي الْعَدْلِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ، وَهِيَ شَاهِدَانِ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « النَّاسِخِ وَالْمَنْسُوخِ »^(١٣) أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ قَضَى بِذَلِكَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ . قَالَ أَحْمَدُ : أَهْلُ الْمَدِينَةِ لَيْسَ عَنْدهُمْ حَدِيثُ أَبِي مُوسَى ، مِنْ أَيْنَ يَعْرِفُونَهُ ؟ فَقَدْ ثَبَتَ هَذَا الْحُكْمُ بِكِتَابِ اللَّهِ ، وَقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَضَاءِ الصَّحَابَةِ بِهِ^(١٤) ، وَعَمَلِهِمْ بِمَا ثَبَتَ^(١٤) فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، فَتَعَيَّنَ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ ،

(٩) دُقُوقًا : مَدِينَةٌ بَيْنَ إِرْبِلَ وَبَغْدَادَ . مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٥٨١/٢ .

(١٠) فِي : بَابُ شَهَادَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَّةِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٧٦/٢ .

وَأَخْرَجَ الْأَوَّلَ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ الْمَائِدَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّفْسِيرِ . عَارِضَةُ الْأَحْزَدِيِّ ١٨٢/١١ - ١٨٤ .

(١١) فِي ١ ، ب ، م : « قِصَّةٌ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٣) النَّاسِخُ وَالْمَنْسُوخُ ٢١٣ - ٢١٥ .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

وَالْعَمَلُ بِهِ ، سَوَاءٌ وَافَقَ الْقِيَاسَ أَوْ خَالَفَهُ .

١٨٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ)

مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنْ شَهَادَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ لَا تُقْبَلُ فِي شَيْءٍ عَلَى مُسْلِمٍ وَلَا كَافِرٍ غَيْرِ مَا ذَكَرْنَا . رَوَاهُ عَنْهُ نَحْوُ مِنْ عَشْرِينَ نَفْسًا . وَمِمَّنْ قَالَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ؛ الْحَسَنُ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ^(١) تُقْبَلُ . وَخَطَّاهُ الْحَلَّالُ فِي نَقْلِهِ هَذَا ، وَكَذَلِكَ صَاحِبُهُ أَبُو بَكْرٍ ، قَالَ : هَذَا غَلَطٌ لَا شَكَّ فِيهِ . / وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : بَلِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ ^(٢) : تُقْبَلُ شَهَادَةُ السَّبْيِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ فِي النَّسَبِ ، إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمْ أَنَّ الْآخَرَ أَخُوهُ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، وَالظَّاهِرُ غَلَطٌ مَنْ رَوَى خِلَافَ ذَلِكَ . وَذَهَبَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَى أَنَّ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ تُقْبَلُ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْيَهُودِيِّ عَلَى النَّصْرَانِيِّ ، وَالنَّصْرَانِيِّ عَلَى الْيَهُودِيِّ . وَهَذَا قَوْلُ حَمَّادٍ ، وَسَوَّارٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَابْنِ حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ . وَعَنْ قَتَادَةَ ، وَالْحَكَمِ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَإِسْحَاقَ : تُقْبَلُ شَهَادَةُ كُلِّ مِلَّةٍ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ يَهُودِيٍّ عَلَى نَصْرَانِيٍّ ، وَلَا نَصْرَانِيٍّ عَلَى يَهُودِيٍّ . وَرَوَى عَنْ الزُّهْرِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، كَقَوْلِنَا ، وَكَقَوْلِهِمْ . وَاجْتَبَوْا بِمَا رَوَى عَنْ ^(٣) جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(٤) . وَلَأنَّ بَعْضَهُمْ يَلِي عَلَى بَعْضٍ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ ^(٥) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ ^(٦) . وَالْكَافِرُ لَيْسَ بِذِي عَدْلٍ ، وَلَا هُوَ مِنَّا ، وَلَا مِنْ رِّجَالِنَا ، وَلَا

(١) ف ب ، م زيادة : « لم » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الشَّرْمَكِيُّ » . وَهُوَ عَمْرُو بْنُ أَحْمَدَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الْبَرْمَكِيُّ ، تَقَدَّمَ فِي : ٣٤ / ٣ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٤) فِي : بَابِ شَهَادَةِ أَهْلِ الْكِتَابِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٧٩٤ / ٢ .

(٥) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٢ .

(٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

مَنْ تَرْضَاهُ ؛ وَلَئِنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى غَيْرِ أَهْلِ دِينِهِ ، فَلَا تُقْبَلُ عَلَى أَهْلِ دِينِهِ ، كَالْحَرْبِيِّ ، وَالْخَبَرُ يَرْوِيهِ مُجَالِدٌ وَهُوَ ضَعِيفٌ ، وَإِنْ ثَبِتَ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْيَمِينَ ، فَإِنَّهَا تُسَمَّى شَهَادَةً ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي اللَّعَانِ : « فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ » (٧) . وَأَمَّا الْوَلَايَةُ فَمُتَعَلِّقُهَا الْقَرَابَةُ وَالشَّفَقَةُ ، وَقَرَابَتُهُمْ ثَابِتَةٌ ، وَشَفَقَتُهُمْ كَشَفَقَةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَجَارَتْ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ ، فَإِنَّ غَيْرَ أَهْلِ دِينِهِمْ لَا يَلِي عَلَيْهِمْ ، وَالْحَاكِمُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، لَكَثَرَتِهِمْ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهَا مُمَكِّنَةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ مُعَاذٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ لَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ أَهْلِ دِينٍ إِلَّا الْمُسْلِمِينَ (٨) ؛ فَإِنَّهُمْ عُدُولٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ ، وَعَلَى غَيْرِهِمْ .

٧٩/١١ - ١٨٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ / شَهَادَةُ خَصْمٍ ، وَلَا جَارٍ إِلَى نَفْسِهِ ، وَلَا دَافِعٍ عَنْهَا)

أَمَّا الْخَصْمُ ، فَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كُلُّ مَنْ خَاصَمَ فِي حَقٍّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالْوَكِيلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ، وَلَا الْوَصِيُّ فِيمَا هُوَ وَصِيٌّ (١) فِيهِ ، وَلَا الشَّرِيكَ فِيمَا هُوَ شَرِيكَ فِيهِ ، وَلَا الْمُضَارِبُ بِمَالٍ أَوْ حَقٍّ لِلْمُضَارَبَةِ . وَلَوْ غُصِبَتْ (٢) الْوَدِيعَةُ مِنَ الْمَوْدَعِ ، وَطَالَ بِهَا ، لَمْ (٣) تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِيهَا ، وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ خَصَمٌ فِيهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ بِهِ ، كَالْمَالِكِ . وَالثَّانِي ، الْعَدُوُّ ، فَشَهَادَتُهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَى عَدُوِّهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ رِبِيعَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَيُرِيدُ بِالْعَدَاوَةِ هُنَا الْعَدَاوَةَ الدُّنْيَوِيَّةَ ، مِثْلَ أَنْ يَشْهَدَ الْمَقْدُوفُ عَلَى الْقَازِفِ ،

(٧) سورة النور ٧ .

(٨) انظر : ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة ، في : باب من رد شهادة أهل الذمة ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٣/١ . والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ١٥٨/٣ . وعبد الرزاق ، في : باب شهادة أهل الملل بعضهم على بعض ... ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٥٦/٨ ، ٣٥٧ .

(١) في ١ : « موصى » .

(٢) في ١ ، ب ، م : « غصب » .

(٣) سقط من : الأصل .

والمَقْطُوعُ عليه الطَّرِيقُ على القَاطِعِ ، والمَقْتُولُ وَلِيَّه على القَاتِلِ ، والمَجْرُوحُ على الجَارِحِ ، والزَّوْجُ يَشْهَدُ على امْرَأَتِهِ بِالزَّنى ، فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ يُقَرُّ على نَفْسِهِ بَعْدَاوَتِهِ لَهَا^(٤) ، لِإِفْسَادِهَا فِرَاشَهُ . فَأَمَّا الْعَدَاوَةُ فِي الدِّينِ ، كَالْمُسْلِمِ يَشْهَدُ على الْكَافِرِ ، أَوِ الْمُحِقِّ مِنْ أَهْلِ السُّنَّةِ يَشْهَدُ على الْمُبْتَدِعِ^(٥) ، فلا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ ؛ لَأَنَّ الْعَدَالَهَ بِاللَّذِينَ ، وَالَّذِينَ يَمْنَعُهُ مِنْ ارْتِكَابِ مَحْظُورٍ دِينِهِ . وقال أبو حنيفة : لا تَمْنَعُ الْعَدَاوَةُ الشَّهَادَةَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُخِلُّ بِالْعَدَالَةِ ، فلا تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، كَالصَّدَاقَةِ . ولنا ، ما رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ ، وَلَا ذِي غِمَرٍ عَلَى أَخِيهِ » . رواه أبو داود^(٦) . الْغِمَرُ : الْحَقْدُ . وَلِأَنَّ الْعَدَاوَةَ تُورِثُ التُّهْمَةَ . فَتَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، كَالْقَرَابَةِ الْقَرِيبَةِ ، وَتُخَالِفُ الصَّدَاقَةَ ؛ فَإِنَّ فِي شَهَادَةِ الصَّدِيقِ لَصَدِيقِهِ بِالزُّورِ نَفْعٌ غَيْرُهُ بِمَضَرَّةٍ نَفْسِهِ ، وَيَبِيعُ آخِرَتَهُ بِدُنْيَا غَيْرِهِ ، وَشَهَادَةُ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ يَقْصِدُ بِهَا نَفْعَ نَفْسِهِ ، بِالتَّشْفِيِّ مِنْ عَدُوِّهِ ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ قَبِلْتُمْ شَهَادَةَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الْكُفَّارِ مَعَ الْعَدَاوَةِ ؟ قُلْنَا : الْعَدَاوَةُ هُنَا دِينِيَّةٌ ، وَالَّذِينَ لَا يَقْتَضِي شَهَادَةُ الزُّورِ ، وَلَا أَنْ يَتْرَكَ دِينَهُ بِمُوجِبِ دِينِهِ .

فصل : فَإِنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَقَذَفَهُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، / لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَبْطَلْنَا شَهَادَتَهُ بِهَذَا لَتِمَكَّنَ كُلُّ مَشْهُودٍ عَلَيْهِ مِنْ إِبْطَالِ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ بِأَنْ يَقْذِفَهُ ، وَيُفَارِقَ مَا لَوْ طَرَأَ الْفِسْقُ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، وَقَبْلَ الْحُكْمِ ، فَإِنْ رَدَّ الشَّهَادَةَ فِيهِ لَا يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ ، بَلْ إِلَى عَكْسِهِ ، وَلِأَنَّ طَرِيَانَ الْفِسْقِ يُورِثُ تُّهْمَةً فِي حَالِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ إِسْرَارُهُ ، فَظُهُورُهُ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يُسِرُّهُ حَالَةَ أَدَائِهَا ، وَهُنَا حَصَلَتْ الْعَدَاوَةُ بِأَمْرِ لَا تُتَّهَمُ عَلَى الشَّاهِدِ فِيهِ^(٧) . وَأَمَّا الْمُحَاكَمَةُ فِي الْأَمْوَالِ ، فَلَيْسَتْ بَعْدَاوَةً تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ فِي غَيْرِ مَا حَاكَمَ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ : وَلَا جَارٌّ إِلَى نَفْسِهِ .^(٨) فَإِنَّ الْجَارَّ إِلَى نَفْسِهِ^(٩) هُوَ

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ ، ب ، م : « مبتدع » .

(٦) تقدم تخريجُه ، في : صفحة ١٥١ . وورد بنصه في : صفحة ١٥٢ .

(٧) في الأصل ، ١ ، ب : « فيها » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

الذى يَنْتَفَعُ بشهادته ، وَيَجْرُ إليه بها نَفْعًا ؛ كَشَهَادَةِ الْعُرَمَاءِ لِلْمُفْلِسِ بِدَيْنٍ أَوْ غَيْرِهِ ،
 وشهادتهم للميت بدَيْنٍ أَوْ مَالٍ ، فَإِنَّهُ لَوْ ثَبِتَ لِلْمُفْلِسِ أَوْ الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ مَالٌ ، تَعَلَّقَتْ
 حقوقهم به ، وَيُفَارِقُ مَالُو شَهِدِ الْعُرَمَاءِ حَتَّى لَا حَجَرَ عَلَيْهِ بِمَالٍ ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُمْ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ
 حَقَّهُمْ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِدَيْنِهِ . فَإِنْ قِيلَ : إِذَا كَانَ مُعْسِرًا سَقَطَتْ عَنْهُ
 الْمُطَالَبَةُ ، فَإِذَا شَهِدَ لَهُ بِمَالٍ ، مَلَكَهَا مُطَالَبَتُهُ ، فَجَرُّوا إِلَى أَنْفُسِهِمْ نَفْعًا . قُلْنَا : لَمْ تُثَبِّتْ
 الْمُطَالَبَةُ بِشَهَادَتِهِمْ ، إِنَّمَا تُثَبِّتُ بَيْسَارَهُ وَإِقْرَارَهُ ؛ لِدَعْوَاهُ ^(٩) الْحَقِّ الَّذِي شَهِدَ بِهِ . وَلَا تُقْبَلُ
 شَهَادَةُ الْوَارِثِ لِلْمَمْلُوكِ بِالْجَرَجِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَسْرِى الْجَرَجُ إِلَى نَفْسِهِ ،
 فَتَجِبُ الدِّيَّةُ لَهُمْ بِشَهَادَتِهِمْ . وَلَا شَهَادَةُ الشَّفِيعِ بَيْنَ شِقْصٍ لَهُ فِيهِ الشُّفْعَةُ . وَلَا شَهَادَةُ
 السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، وَلَا لِمُكَاتِبِهِ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَجِيرِ
 لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ . وَقَالَ : نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ قَبِلْتُمْ شَهَادَةَ الْوَارِثِ لِمَمْلُوكِهِ ،
 مَعَ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَرِثَهُ ، فَقَدْ جَرَّ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا ؟ قُلْنَا : لَا حَقَّ لَهُ فِي مَالِهِ حِينَ
 الشَّهَادَةِ ، وَإِنَّمَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ حَقٌّ ، وَهَذَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ لَامْرَأَةٍ
 يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، أَوْ لِعَرِيمٍ لَهُ بِمَالٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُوفِّيَهُ مِنْهُ ، أَوْ يُفْلِسَ ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِهِ ،
 وَإِنَّمَا الْمَانِعُ مَا يَحْصُلُ لِلشَّاهِدِ ^(١٠) بِهِ نَفْعٌ حَالِ الشَّهَادَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ مَنَعْتُمْ قَبُولَ شَهَادَتِهِ
 لِمَمْلُوكِهِ بِالْجَرَجِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ؛ / لَجَوَّازُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ حَقٌّ ، ^(١١) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقٌّ ^(١٢) فِي
 الْحَالِ ، فَإِنْ ^(١٣) قُلْتُمْ : قَدْ انْعَقَدَ سَبَبُ حَقِّهِ . قُلْنَا : يَبْطُلُ بِالشَّاهِدِ لِمَمْلُوكِهِ الْمَرِيضِ بِحَقٍّ ،
 فَإِنْ شَهِدَتْهُ تُقْبَلُ مَعَ انْعِقَادِ سَبَبِ اسْتِحْقَاقِهِ ؛ بِدَلِيلِ أَنْ عَطِيَّتَهُ لَهُ ^(١٤) لَا تُنْفَذُ ، وَعَطِيَّتُهُ لِغَيْرِهِ
 تَقِفُ عَلَى الْخُرُوجِ مِنَ الثَّلَاثِ . قُلْنَا : إِنَّمَا مَنَعْنَا الشَّهَادَةَ لِمَمْلُوكِهِ ^(١٥) بِالْجَرَجِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا
 أَفْضَى إِلَى الْمَوْتِ ، فَتَجِبُ الدِّيَّةُ لِلْوَارِثِ الشَّاهِدِ بِهِ ابْتِدَاءً ، فَيَكُونُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ ،

٨٠/١١

(٩) فِي الْأَصْلِ : « لِدَعْوَاهُ » .

(١٠) فِي م : « بِهِ الشَّاهِدُ » .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٢) فِي ب : « فَلَمْ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٤) فِي ب ، م : « لِمَمْلُوكِهِ » .

مُوجِبًا لَهَا حَقًّا ابْتِدَاءً ، بِخِلَافِ الشَّاهِدِ لِلْمَرِيضِ أَوْ الْمَجْرُوحِ بِمَالٍ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ
لِلْمَشْهُودِ لَهُ ، ثُمَّ يَجُوزُ أَنْ يَنْتَقِلَ ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَنْتَقِلَ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الشَّهَادَةُ لَهُ ، كَالشَّهَادَةِ
لِلْعَرِيْمَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ أَجْزَأْتُمْ شَهَادَةَ الْعَرِيْمِ لِلْعَرِيْمَةِ بِالْجَرْجِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، كَمَا أَجْزَأْتُمْ
شَهَادَتَهُ لَهُ بِالْمَالِ ^(١٥) ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا أَجْزَأْنَاهَا لِأَنَّ الدِّيَّةَ لَا تَجِبُ لِلشَّاهِدِ ابْتِدَاءً ، إِنَّمَا تَجِبُ
لِلْقَتِيلِ ، أَوْ لَوَرَّثَتْهُ ، ثُمَّ يَسْتَوْفِي الْعَرِيْمُ مِنْهَا ، فَأُشْبِهَتْ الشَّهَادَةُ لَهُ ^(١٦) بِالْمَالِ . وَأَمَّا الدَّفْعُ
عَنْ نَفْسِهِ ، فَمِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بِجَرْجِ الشُّهُودِ ، أَوْ تَشْهَدَ عَاقِلَةُ الْقَاتِلِ خَطَأً
بِجَرْجِ الشُّهُودِ الَّذِينَ شَهِدُوا بِهِ ، لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ الدِّيَّةِ عَنْ أَنْفُسِهِمْ . فَإِنْ كَانَ الشَّاهِدَانِ
بِالْجَرْجِ فَقِيرَيْنِ ، احْتَمَلَ قَبُولَ شَهَادَتِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَحْمِلَانِ شَيْئًا مِنَ الدِّيَّةِ ، وَاحْتَمَلَ
أَنْ لَا تُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ أَنْ يُوسِرَا قَبْلَ الْحَوْلِ . فَيَحْمِلَانِ ^(١٧) . وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي
الْبَعِيدِ الَّذِي لَا يَحْمِلُ ^(١٨) لِبُعْدِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَمُوتَ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ قَبْلَ الْحَوْلِ ،
فَيَحْمِلُ . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الضَّامِنِ لِلْمُضْمُونِ عَنْهُ ^(١٩) بِقَضَاءِ الْحَقِّ ، أَوْ الْإِبْرَاءِ مِنْهُ . وَلَا
شَهَادَةُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ عَلَى الْآخَرِ بِاسْقَاطِ شَفِيعَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْفَرُ الْحَقُّ عَلَى نَفْسِهِ . وَلَا شَهَادَةُ
بَعْضِ غُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ عَلَى بَعْضِهِمْ بِاسْقَاطِ دَيْنِهِ ، أَوْ اسْتِيفَائِهِ . وَلَا بَعْضُ مَنْ أَوْصَى لَهُ بِمَالٍ
عَلَى آخَرٍ ، بِمَا يُبْطِلُ وَصِيَّتَهُ ، إِذَا كَانَتْ وَصِيَّتُهُ تَحْصُلُ بِهَا مَزَاحِمَتُهُ ؛ إِمَّا لِضَيْقِ الثَّلَاثِ
عَنْهَا ، أَوْ لِكَوْنِ الْوَصِيَّتَيْنِ بِمُعَيَّنٍ . فَهَذَا وَأَشْبَاهُهُ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ بِهِ
مُتَّهَمٌ ؛ لِمَا يَحْصُلُ بِشَهَادَتِهِ مِنْ نَفْعِ نَفْسِهِ ، وَدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهَا ، فَيَكُونُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ . وَقَدْ
قَالَ الرَّهْرِيُّ : مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الْإِسْلَامِ ، أَنْ لَا تَجُوزَ شَهَادَةُ حَصَصٍ ، وَلَا ظَنِّينِ . وَالظَّنِّينِ :
الْمُتَّهَمُ . وَرَوَى طَلْحَةُ / بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ ، قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، أَنْ لَا
شَهَادَةَ لِحَصَصٍ ، وَلَا ظَنِّينِ ^(٢٠) . وَمِمَّنْ رَدَّ شَهَادَةَ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ شَرِيحٌ ، وَالنَّحْعِيُّ ،

ظ ٨٠/١١

(١٥) في ب ، م : « بماله » .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) في الأصل : « فيحتملان » .

(١٨) في الأصل : « يحتمل » .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب لا تقبل شهادة خائن ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢٠١/١٠ . وعبد

الرزاق ، في : باب لا يقبل منهم ... ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٢٠/٨ .

والتَّوَرُّيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . (٢١) وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا (٢٢) .

فصل : وإن شهد الشريك لشريكه ، في غير ما هو شريك فيه ، أو الوكيل لموكله ، في غير ما هو وكيل فيه ، أو العدو لعدوه ، أو الوارث لموروثه بمال ، أو بالجرج بعد الاندمال ، أو شهد أحد الشفيعين ، بعد أن أسقط شفيعته على الآخر ، بإسقاط شفيعته ، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر ، بما يسقط وصيته ، أو كانت إحدى الوصيتين لا تزاجم (٢٣) الأخرى ، ونحو ذلك مما لا تُهمّة فيه ، قُبلت ؛ لأنَّ المقتضى لقبول الشهادة مُحَقَّقٌ ، والمانع مُنْتَفٍ فوجب قبولها ، عملاً بالمقتضى .

١٨٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُعْرِفُ (١) بِكَثْرَةِ غَلَطِهِ وَالْعَفْلَةِ)

وجعلته أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الشَّاهِدِ أَنْ يَكُونَ مُؤْتَوَقًا بِقَوْلِهِ ؛ لِتَحْصُلِ غَلَبَةِ الظَّنِّ بِصِدْقِهِ ، ولذلك اعتبرنا العدالة ، وَمَنْ يَكْثُرُ غَلَطُهُ وَتَغَفُّلُهُ ، لَا يُوثَقُ بِقَوْلِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مِنْ غَلَطَاتِهِ ، فربما شهد على غير من استشهد عليه ، أو لغير من شهد له ، أو بغير ما استشهد به ، وإذا كان مُغَفَّلًا ، فربما استزله الخصم بغير شهادته ، فلا تُحْصَلُ الثَّقةُ بِقَوْلِهِ . وَلَا يَمْنَعُ مِنْ (٢) الشَّهَادَةِ وَجُودُ غَلَطٍ نَادِرٍ ، أَوْ غَفْلَةٍ نَادِرَةٍ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَسْلَمُ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَوْ مَنَعَ ذَلِكَ الشَّهَادَةَ ، لَأَنَسَدَ بَابُهَا ، فَاعْتَبَرْنَا الْكَثْرَةَ فِي الْمَنَعِ ، كَمَا اعْتَبَرْنَا كَثْرَةَ الْمَعَاصِي فِي الْإِخْلَالِ بِالْعَدَالَةِ .

١٨٩٥ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى ، إِذَا تَيَقَّنَ الصَّوْتُ) ✓

رَوَى هَذَا عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ ، ب زيادة : « بها » .

(١) في ١ : « عرف » .

(٢) في الأصل : « عن » .

والشَّافِعِيُّ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّحَّعِيِّ ، وَأَبَى هَاشِمٍ ، وَاخْتَلَفَ فِيهِ ^(١) عَنْ ^(٢) الْحَسَنِ ، وَإِيَّاسٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَأَجَازَ الشَّافِعِيُّ شَهَادَتَهُ بِالِاسْتِيفَاضَةِ وَالتَّرْجَمَةِ ، وَإِذَا قُرَأَ عِنْدَ أَذْنِهِ وَيَدُ الْأَعْمَى عَلَى رَأْسِهِ ، ثُمَّ ضَبَطَهُ حَتَّى حَضَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُجْزَها فِي غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْأَفْعَالِ ، لَا تَجُوزُ عَلَى الْأَقْوَالِ ، كَالصَّبِيِّ ، وَلِأَنَّ الْأَصْوَاتَ تَشْتَبِهُ ، فَلَا يَحْصُلُ الْيَقِينُ ، فَلَمْ يُجْزَ أَنْ / يَشْهَدَ بِهَا ، كَالْحَطِّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ ^(٣) . وَسَائِرُ آيَاتِ فِي الشَّهَادَةِ ، وَلِأَنَّهُ رَجُلٌ عَدْلٌ مَقْبُولُ الرَّوَايَةِ ، فَقَبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، كَالْبَصِيرِ ، وَفَارَقَ الصَّبِيَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِرَجُلٍ وَلَا عَدْلٍ وَلَا مَقْبُولُ الرَّوَايَةِ ، وَلِأَنَّ السَّمْعَ أَحَدَ الْحَوَاسِّ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا الْيَقِينُ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مِنْ أَلْفَةِ الْأَعْمَى ، وَكَثُرَتْ صُحْبَتُهُ لَهُ ، وَعَرَفَ صَوْتَهُ يَقِينًا ، فَجَبَّ أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ فِيمَا تَيَقَّنَهُ ، كَالْبَصِيرِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِنْكَارِ حُصُولِ الْيَقِينِ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ . قَالَ قَتَادَةُ : لِلْسَّمْعِ قِيَافَةٌ كَقِيَافَةِ الْبَصَرِ . وَلِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيمَا يَثْبُتُ بِالِاسْتِيفَاضَةِ ، وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَهُمْ حَتَّى يَسْمَعَهَا مِنْ عَدْلَيْنِ ، وَلَا يَدَّ أَنْ يَعْرِفَهُمَا حَتَّى يَعْرِفَ عَدْلَهُمَا ، فَإِذَا صَحَّ أَنْ يَعْرِفَ الشَّاهِدَيْنِ ، صَحَّ أَنْ يَعْرِفَ الْمُقَرَّرَ . وَلَا خِلَافَ فِي قَبُولِ رَوَايَتِهِ ، وَجَوَازِ اسْتِمَاعِهِ مِنْ زَوْجَتِهِ إِذَا عَرَفَ صَوْتَهَا ، وَصِحَّةَ قَبُولِهِ لِلنِّكَاحِ ^(٤) ، وَجَوَازِ اشْتِبَاهِ ^(٥) الْأَصْوَاتِ ، كَجَوَازِ اشْتِبَاهِ الصُّوَرِ ، وَفَارَقَ الْأَفْعَالِ ؛ فَإِنَّ مَذْرَكَهَا الرُّؤْيَى ، وَهِيَ غَيْرُ مُمَكِّنَةٍ مِنَ الْأَعْمَى ، وَالْأَقْوَالِ مَذْرَكُهَا السَّمْعُ ، وَهُوَ يُشَارِكُ ^(٦) الْبَصِيرَ فِيهِ ، وَرَبَّمَا زَادَ عَلَيْهِ ، وَيُفَارِقُ الْخَطَّ ، فَإِنَّهُ لَوْ تَيَقَّنَ مَنْ كَتَبَ الْخَطَّ ، أَوْ رَأَاهُ وَهُوَ يَكْتُبُهُ ، لَمْ يُجْزَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا كَتَبَ فِيهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا إِذَا تَيَقَّنَ الصَّوْتَ ، وَعَلِمَ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ يَقِينًا . فَإِنْ جَوَّزَ أَنْ يَكُونَ صَوْتُ غَيْرِهِ ، لَمْ يُجْزَ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَبَهَ عَلَى الْبَصِيرِ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَعْرِفْهُ .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : أ .

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٤) في م : « النكاح » .

(٥) في الأصل : « الاشتباه في » .

(٦) في أ : « مشارك » .

فصل : فَإِنْ تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ عَلَى فِعْلٍ ، ثُمَّ عَمِيَ ، جاز أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ، إِذَا عَرَفَ المشهودَ عليه بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أصلاً ؛ لأنه لا يجوز أن يكون حاكماً . ولنا ، ما تقدّم ؛ ولأنّ العمى فقد حاسه لا تُخْلُ بالتكليف ، فلم يمنع قبول الشهادة كالصم ، ويفارق الحكم ، فإنه يُعتبر له من شروط الكمال ما لا يُعتبر للشهادة ، ولذلك يُعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما ، فإن لم يعرف المشهود عليه / باسمه ونسبه ، لكن ثبّت صوته ؛ لكثرة إلفه له ، صح أن يشهد به أيضاً ؛ لما ذكرنا في أوّل المسألة . وإن شهد عند الحاكم ، ثم عمى قبل الحكم بشهادته ، جاز الحكم بها . وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم بها ؛ لأنه معني يمنع قبول الشهادة مع صحّة النطق ، فمنع الحكم بها ، كالفسق . ولنا ، أنه معني طرأ بعد أداء الشهادة ، لا يورث تهمّة في حال الشهادة ،^(٧) فلم يمنع قبولها كالموت ، وفارق الفسق ؛ فإنه يورث تهمّة حال الشهادة^(٨) .

٨١/١١ ظ

فصل : ولا تجوز شهادة الأخرس بحال . نصّ عليه أحمد ، رضى الله عنه ، فقال : لا تجوز شهادة الأخرس . قيل له : وإن كتبها ؟ قال : لا أدري . وهذا قول أصحاب الرأي . وقال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر : تُقبل إذا فهمت إشارته ؛ لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه ، من طلاقه ، ونكاحه ، وظهاره ، وإيلائه ، فكذلك في شهادته . واستدل ابن المنذر بأن النبي ﷺ ، أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام ، أن اجلسوا . فجلسوا^(٩) . ولنا ، أنها شهادة بالإشارة ، فلم تجز ، كإشارة الناطق ، يُحقّقه أن الشهادة يُعتبر فيها اليقين ، ولذلك لا يُكتفى بإيماء الناطق ، ولا يحصل اليقين بالإشارة ، وإنما اكتفى^(١٠) بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ، ولا ضرورة ههنا ، ولهذا لم يجز أن يكون حاكماً ، ولأنّ الحاكم لا يُمضي حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ، ولم يذكر حكمه ، والشاهد لا يشهد برؤية خطه ، فلئلا يحكم بخطه غيره أولى . وما استدّل به ابن المنذر لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ،

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٨/٣ .

(٩) في ب : « يكتفى » .

وعَمِلَ بِإِشَارَتِهِ فِي الصَّلَاةِ . وَلَوْ شَهِدَ النَّاطِقُ بِالْإِيمَاءِ وَالْإِشَارَةِ ، لَمْ يَصِحَّ إِجْمَاعًا ، / فَعِلِمَ ٨٢/١١
أَنَّ الشَّهَادَةَ مُفَارِقَةٌ لغيرِهَا مِنَ الْأَحْكَامِ .

١٨٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدَيْنِ وَإِنْ عَلَوْا ، لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَقَلَ ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَلَدِ وَإِنْ سَقَلَ ، لَهُمَا وَإِنْ عَلَوْا)

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تُقبَلُ ، ولا لولده ولده ، وإن سَقَلَ ، وسواء في ذلك وَلَدُ الْبَيْنِ وَلَوْلَدُ الْبَنَاتِ . وَلَا تُقبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لَوَالِدِهِ ، وَلَا لَوَالِدَتِهِ ، وَلَا جَدَّهُ ، وَلَا جَدَّتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَإِنْ عَلَوْا ، وسواء في ذلك الْأَبَاءُ وَالْأُمَّهَاتُ ، وَأَبَاؤُهُمَا وَأُمَّهَاتُهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ شَرِيحُ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ^(١) ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً ثَانِيَةً ، تُقبَلُ شَهَادَةُ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ ، وَلَا تُقبَلُ شَهَادَةُ الْأَبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ مَالَ ^(٢) الْإِبْنِ فِي حُكْمِ مَالِ الْأَبِ ، لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهُ إِذَا شَاءَ ، فَشَهَادَتُهُ لَهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ ، أَوْ يَجُرُّ بِهَا لِنَفْسِهِ نَفْعًا . قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » ^(٣) . وَقَالَ : « إِنْ أَطِيبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ أَوْلَادُكُمْ مِنْ أَطِيبٍ كَسَبْتُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » ^(٤) . وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِي شَهَادَةِ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ . وَعَنْهُ ، رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، تُقبَلُ شَهَادَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، فِي مَا لَا تُهْمَةُ فِيهِ ، كَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْقِصَاصِ ، وَالْمَالِ إِذَا كَانَ مُسْتَعْنًى عَنْهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَنْتَفِعُ بِمَا يَنْبُتُ لِلْآخَرِ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَا تُهْمَةُ فِي حَقِّهِ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ مَقْبُولَةٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ ^(٥) . وَبِهَذَا قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالْمَزْنِيُّ ، وَدَاوُدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِعُمُومِ الْآيَاتِ ، وَلِأَنَّهُ عَدَلَ تُقبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ، فَتُقبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَنَا ، مَا رَوَى

(١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٢٧٣/٨ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٣/٨ .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة الأخ لأخيه من كتاب الشهادات . المصنف ٣٤٤/٨ .

٨٢/١١ ظ الزُّهْرِيُّ، عن عُرْوَةَ، عن عائشةَ، / عن النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ، وَلَا ظَنِينٍ فِي قَرَابَةٍ وَلَا وَلَايٍ»^(٦). وَالظَّنِّينَ: الْمُتَّهَمُ، وَالْأَبُ يُتَّهَمُ لَوْلَدِهِ؛ لِأَنَّ مَالَهُ كَمَالِهِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلِأَنَّ بَيْنَهُمَا بَعْضِيَّةً، فَكَأَنَّهُ يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ، وَلِهَذَا قَالَ ﷺ: «فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي، يَرِيئُنِي مَا رَأَيْتُهَا»^(٧). وَلِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي الشَّهَادَةِ لَوْلَدِهِ، كَتَهْمَةِ الْعَدُوِّ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى عَدُوِّهِ، وَالْخَبِيرُ أَخَصُّ مِنَ الْآيَاتِ، فَتُخَصُّ بِهِ.

فصل: فَأَمَّا شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ، فَتُقْبَلُ. نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ. وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَلَمْ أَجِدْ^(٨) فِي «الْجَامِعِ» فِيهِ خِلَافًا؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٩). فَأَمَرَ بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِمْ، وَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ لَمَّا أَمَرَهَا، وَلِأَنَّهَا إِنَّمَا رُدَّتْ^(١٠) لِلتُّهْمَةِ فِي إِيصَالِ النَّفْعِ، وَلَا تُتَّهَمُ فِي شَهَادَتِهِ عَلَيْهِ، فَوَجِبَ أَنْ تُقْبَلَ، كَشَهَادَةِ الْأَجْنَبِيِّ، بَلْ أَوْلَى، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ لِنَفْسِهِ لَمَّا رُدَّتْ لِلتُّهْمَةِ فِي إِيصَالِ النَّفْعِ إِلَى نَفْسِهِ، كَانَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهَا^(١١) مَقْبُولًا. وَحَكَى الْقَاضِي، فِي «الْمُجَرَّدِ» رِوَايَةً أُخْرَى، أَنَّ شَهَادَةَ أَحَدِهِمَا لَا تُقْبَلُ عَلَى صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ، فَلَا تُقْبَلُ عَلَيْهِ، كَالْفَاسِقِ. وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْإِبْنِ عَلَى أَبِيهِ فِي قِصَاصٍ، وَلَا حَدِّ قَذْفٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ، وَلَا يُحَدُّ بِقَذْفِهِ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ. وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ؛ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِأَنَّهُ^(١٢) يُتَّهَمُ لَهُ وَلَا^(١٣) يُتَّهَمُ عَلَيْهِ، فَشَهَادَتُهُ عَلَيْهِ أَبْلَغُ فِي الصَّدَقِ، كإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ.

فصل: وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ بَطْلًا صُرَّةً أُمُّهُمَا، أَوْ قَذْفًا^(١٤) زَوْجَهَا لَهَا، قُبِلَتْ

(٦) تقدم تخريجه، في: صفحة ١٥٢.

(٧) تقدم تخريجه، في: ٢٨، ٢٧/١١.

(٨) في ١، ب، م، زيادة: «عن أحمد».

(٩) سورة النساء ١٣٥.

(١٠) في الأصل، زيادة: «له».

(١١) في ب، م: «عليه».

(١٢-١٣) سقط من: ١.

(١٣) في ب، م: «وقذف».

شهادتهما ؛ لأنَّ حقَّ أمهما لا يزداد به ، وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيًّا ، وتوفير الميراث لا يمنع^(١٤) قبول الشهادة ؛ بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

فصل : وتجوز شهادة الرجل لانيه من الرضاعة ، وأبيه منها^(١٥) ، وسائر أقاربه منها^(١٥) ؛ لأنه^(١٦) لا نسب / بينهما أوجب^(١٧) الاتفاق ، والصلة ، وعتق أحدهما على صاحبه ، وتبسطه في ماله ، بخلاف قرابة النسب .

٨٣/١١ و

١٨٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ ، وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ)

أما شهادة السيد لعبده ، فغير مقبولة ؛ لأنَّ مالَ العبد لسَيِّده ، فشهادته له شهادة لنفسه ، ولهذا قال النبي ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »^(١) . ولا نعلم في هذا خلافًا . ولا تُقبلُ شهادته له أيضًا بنكاح ، ولا لأُمِّه بطلاق ؛ لأنَّ في طلاق أمِّه تخليصها له ، وإباحة بُضعها^(٢) له ، وفي نكاح العبد نفع له ، ونفع مال الإنسان نفع له . ولا تُقبلُ شهادة العبد لسَيِّده ؛ لأنه^(٣) يتبسط في مال سيِّده ، ويتنفع به ، ويتصرف فيه^(٤) ، وتجب نفقته منه ، ولا يُقطع بسرقته ، فلا تُقبلُ شهادته له ، كالابن مع أبيه .

١٨٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا)

وهذا قال الشعبي^(١) ، والنخعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو حنيفة . وأجاز شهادة كلِّ

(١٤) سقط من : الأصل

(١٥) في الأصل ، ب : « منها » .

(١٦) في م زيادة : « أقاربه » .

(١٧) في النسخ : « وجب » .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٢١/٦ .

(٢) في ب ، م : « بعضها » .

(٣) في الأصل زيادة : « لا » .

(٤) سقط من : ١ .

(١) في ب ، م : « الشافعي » .

واحد منهما لصاحبه شريح، والحسن، والشافعي، وأبو ثور؛ لأنه عقد على منفعة، فلا يمنع قبول الشهادة، كالإجارة. وعن أحمد، رواية أخرى، كقولهم. وقال الثوري، وابن أبي ليلى: تُقبل شهادة الرجل لامرأته؛ لأنه لا تهمّة في حقّه، ولا تُقبل شهادتها؛ لأنّ يساره وزيادة حقّها من النّفقة، تُحصل بشهادتها بالمال^(٢)، فهي مُتّهمة لذلك. ولنا، أنّ كلّ واحد منهما يرث الآخر من غير حجب، وينبسط في ماله عادة، فلم تُقبل شهادته له، كالابن مع أبيه؛ ولأنّ يسار الرجل يزيد نفقة امرأته، ويسار المرأة تزيد به قيمة بُضعها^(٣) المملوك لزوجها، فكان كلّ واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه، فلم تُقبل، كشهادته لنفسه. ويحقّق هذا أنّ مال كلّ واحد منهما يضاف إلى الآخر، قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾^(٤). وقال: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ﴾^(٥). فأضاف / ٨٣/١١ ط البيوت إليهن تارة، وإلى النبي ﷺ أخرى، وقال: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾^(٦). وقال عمر، للذي قال له: إنّ^(٧) غلامي سرق مرآة امرأة: لا قطع عليه، عبدكم سرق مالكم^(٨). ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها.

١٨٩٩ - مسألة؛ قال: (وَشَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ جَائِزَةٌ)

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أنّ شهادة الأخ لأخيه جائزة. روى هذا عن ابن الزبير^(١). وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، والشّعبي، والنخعي، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وحكى عن ابن المنذر، عن الثوري، أنّه لا تُقبل شهادة كل ذي رحم محرم. وعن مالك، أنّه لا تُقبل

(٢) في الأصل: «بمال».

(٣) في ب، م: «بعضها».

(٤) سورة الأحزاب ٣٣.

(٥) سورة الأحزاب ٥٣.

(٦) سورة الطلاق ١.

(٧) سقط من: الأصل.

(٨) تقدم في ٤٥٩/١٢.

(١) أخرجه عبد الرزاق، في: باب شهادة الأخ لأخيه...، من كتاب الشهادات. المصنف ٣٤٣/٨.

شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه في صلته وبره ؛ لأنه متهّم في حقه . وقال ابن المنذر : قال مالك : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب ، وتجوز في الحقوق . ولنا ، عموم الآيات ، ولأنه عدل غير متهّم ، فتقبل شهادته له ، كالأجنبي ، ولا يصحّ القياس على الوالد والولد ؛ لأنّ بينهما بعضيّة قرابة قويّة ، بخلاف الأخ .

فصل : وشهادة العم وابنه ، والخال وابنه ، وسائر الأقارب ، أولى بالجواز ؛ فإنّ شهادة الأخ إذا اجيزت مع قرّبه ، كان تنبيهاً على شهادة من هو أبعد منه ، بطريق الأولى .

فصل : وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه ، في قول عامّة العلماء ، إلا مالكا ، قال : لا تقبل شهادة الصديق الملائف ؛ لأنه يجزئ إلى نفسه نفعا بها ، فهو متهّم ، فلم تقبل شهادته ، كشهادة العدو على عدوه . ولنا ، عموم أدلة الشهادة ، وما قاله يطلّ بشهادة^(٢) الغريم للمدين قبل الحجر ، وإن كان ربما قضاؤه دينه منه ، فجزئ إلى نفسه نفعا أعظم ممّا يجزئ ههنا بين الصديقين . فأما العداوة ، فسببها محصور^(٣) ، وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه ، فخالفت الصداقة .

١٩٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْعَبْدِ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْأُمَةِ فِيمَا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛

أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ، فالذهب أنّها مقبولة . روى ذلك عن عليّ ، وأنس ، رضي الله عنهما . قال أنس : ما علمت أنّ أحدا ردّ شهادة العبد . وبه قال غزوة ، وشريح ، وإياس ، وابن سيرين ، والبتّي ، وأبو ثور ، وداود^(١) ، وابن المنذر . وقال عطاء ، ومجاهد ، والحسن ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو عبيد : لا تقبل شهادته ؛ لأنه غير ذي مروءة ، ولأنّها مبنية على

(٢) في النسخ : « شهادة » . والتصحيح من : الشرح الكبير ٢٧٩/٦ .

(٣) في ١ ، ب ، م : « محظور » .

(١) سقط من : ١ .

الكمال لا تتبعُ ، فلم يدخل فيها العبد ، كالميراث . وقال الشعبي ، والنخعي ،
والحكم : تُقبلُ في الشيء اليسير . ولنا ، عموم آيات الشهادة ، وهو داخل فيها ، فإنه من
رجالنا ، وهو عدلٌ تُقبلُ روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عتبة بن الحارث ، قال :
تزوجتُ أم يحيى بنت أوى إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما .
فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « كيف ، وقد زعمت ذلك ؟ » . مُتَّفَقٌ
عليه^(٢) . وفي رواية أبي داود ، فقلت : يا رسول الله ، إنها لكاذبة . قال : « وما يدريك ،
وقد قالت ما قالت ، دعها عنك » . ولأنه عدلٌ غير مُتهم ، فتقبلُ شهادته ، كالحر . ولا
نسلم أنه غير ذى مروءة ، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة ، ومن لا مروءة له ، وقد يكون
منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأثقياء . سئل إياس بن معاوية ، عن شهادة العبد^(٣) ،
فقال : أنا أردُّ شهادة عبد العزيز بن صهيب^(٤) ! وكان منهم زياد مولى^(٥) ابن عياش^(٦) ، من
العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ، ويكرمه . ومنهم عكرمة مولى ابن
عباس ، أحد العلماء الثقات . وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيدا ، أو أبناء عبيد ، لم
يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تُغير طبعاً ، ولا تُحدث علماً ،^(٦) ولا ديناً^(٧) ،
ولا مروءة ، ولا يُقبلُ منهم إلا من كان ذا مروءة . ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ،
^(٧) فإن الميراث^(٧) خلافة للموروث في ماله وحقوقه ، والعبد لا يملكه الخلافة ؛ لأن ما
يصيرُ إليه يملكه سيده ، فلا يمكن أن يُخلف فيه^(٨) ، ولأن الميراث يقتضي التملك ،
والعبد لا يملك ، ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق ، وحصول الثقة من
القول ، والعبد أهل لذلك ، فوجب أن تُقبلَ شهادته .

١١/٨٤ ظ

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٣١٠/١١ .

(٣) في م : « العبيد » .

(٤) البناء مولاهم ، البصري الأعمى ، ثقة ، توفي سنة ثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٦/٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٥-٥) في الأصل : « مولى ابن أبي عياش » . وفي م : « مولى ابن عباس » . وهو زياد بن أبي زياد ميسرة الخزومي ، مولى

عبد الله بن عياش ، ثقة ، عابد ، زاهد ، توفي سنة خمس وثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٣/٣٦٧ ، ٣٦٨ .

(٦-٦) سقط من : م .

(٧-٧) سقط من : الأصل .

(٨) في م زيادة : « الميراث » .

الفصل الثاني : أنَّ شهادته لا تُقبل في الحَدِّ ، وفي القصاصي احتمالان ؛ أحدهما ، تُقبل شهادته فيه ؛ لأنه حقٌّ آدميٌّ ، لا يصحُّ الرجوعُ عن الإقرار به ، فأشبههُ الأموال . والثاني ، لا تُقبل ؛ لأنه عقوبةٌ بدنيةٌ تُدْرَأُ بالشبهاتِ ، فأشبههُ الحدودَ^(٩) . وذكر الشَّريْفُ ، وأبو الخطَّاب ، في العقوباتِ كلَّهما من الحدودِ والقصاصي روايتين ؛ إحداهما ، تُقبل ؛ لما ذكرنا ، ولأنَّه رجلٌ عدلٌ ، فتُقبلُ شهادته فيها ، كالحرِّ . والثانية ، لا تُقبل . وهو ظاهرُ المذهبِ ؛ لأنَّ الاختلافَ في قبولِ شهادته في الأموالِ نقصٌ وشبهةٌ ، فلم تُقبلْ شهادته^(١٠) فيما يُدْرَأُ^(١١) بالشبهاتِ ؛ ولأنَّه ناقصُ الحالِ ، فلم تُقبلْ شهادته^(١٢) في الحَدِّ والقصاصي ، كالمرأة .

الفصل الثالث : أنَّ^(١٣) شهادةَ الأمةِ جائزةٌ فيما تجوزُ فيه شهادةُ النساءِ ؛ لأنَّ النساءَ لا تُقبلُ شهادتهنَّ في الحدودِ والقصاصي ، وإنَّما تُقبلُ في المالِ أو شبهه^(١٤) ، والأمةُ كالحرَّةِ فيما عداها ، فساوئُهنَّ في الشهادةِ ، وقد دلَّ عليه حديثُ عَقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ^(١٥) .

فصل : وحُكْمُ المكاتبِ والمُدَبِّرِ وأُمِّ الْوَلَدِ والمُعْتَقِ بعضُهُ ، حُكْمُ الْفَرَسِ ، فيما ذكرنا ؛ لأنَّ الرِّقَّ فيهم ، وقد روى عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لا تجوزُ شهادةُ الْمُكَاتِبِ . وبه قال عطاءُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّحْعِيُّ . ولنا ، ما ذكرناه في العبدِ ، وإذا ثبتَ الحُكْمُ في الْفَرَسِ ، / ففى هؤلاءِ أولى ؛ لأنَّهم أكملُ منه ، لوجودِ أسبابِ الْحُرِّيَّةِ فيهم .

٨٥/١١

١٩٠١ - مسألة ؛ قال : (وَشَهَادَةُ وَلَدِ الزَّوْنِي جَائِزَةٌ ، فِي الزَّوْنِي وَغَيْرِهِ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عطاءُ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو حنيفةٌ ، وأصحابُهُ . وقال مالكٌ ، والليثُ : لا تجوزُ شهادته في الزَّوْنِي وَحْدَهُ ؛ لأنه مُتَّهَمٌ ، فإنَّ العادةَ في مَنْ فعلَ قَبِيحًا ، أَنَّهُ يُحِبُّ أَنْ

(٩) في ١ ، ب ، م : « الحد » .

(١٠-١١) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١١) في ب : « يندري » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في النسخ : « سببه » . وانظر : الشرح الكبير ٢٧٤/٦ .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٠/١١ .

يكون له نظراء . وحكى عن عثمان ، أنه قال : وَدَّتِ الزَّانِيَةُ أَنْ النِّسَاءَ كُلَّهُنَّ زَنَيْنَ . ولنا ، عموم الآيات ، وأنه عدلَ مقبولُ الشهادة في غير الزَّنى ، فيقبلُ ^(١) في الزَّنى كغيره ، ومن قبلتْ شهادته في القتل ، قبلتْ في الزَّنى ، كولد الرُّشدة ^(٢) . قال ابنُ المنذر : وما احتجوا به غلطٌ من وجوه ؛ أحدها ، أن ولدَ الزَّنى لم يفعلْ فعلاً قبيحاً ، يحبُّ أن يكون له نظراءُ فيه . والثاني ، أنني لأعلمُ ما ذكرَ عن عثمان ثابتاً عنه ، وأشبهُ ذلك أن لا يكون ثابتاً عنه ^(٣) ، وغيرُ جائزٍ أن يُطلقَ عثمانُ كلاماً بالظنِّ عن ضميرِ امرأةٍ لم يسمعها تذكُّره . الثالث ، أن الزَّانى لو تاب ، لقبِلتْ شهادته ، وهو الذي فعلَ الفعلَ القبيحَ ، فإذا قبلتْ شهادته مع ما ذكره ، فغيره أولى ؛ فإنه لا يجوزُ أن يلزمَ ولده من وزره ^(٤) أكثرُ ممَّا لزمه ، ولا ^(٥) يتعدى الحكمُ إلى غيره من غير أن يثبتَ فيه ، مع أن ولده لا يلزمه شيءٌ من وزره ^(٦) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(٧) . وولدُ الزَّنى لم يفعلْ شيئاً يستوجبُ به حُكماً .

١٩٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَابَ الْقَاذِفُ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ)

وجملته أن القاذِفَ إن كان زوجاً ، فحقَّقَ قَذْفَهُ بَيِّنَةً أو لِعَانٍ ، أو كان أجنبيًّا ، فحقَّقه بالبيِّنَةِ أو بإقرارِ المقدوفِ ، لم يتعلَّقَ بقَذْفِهِ فسقٌ ، ولا حدٌّ ، ولا ردُّ شهادةٍ ، وإن لم يُحقَّقْ ^(١) قَذْفَهُ بشيءٍ من ذلك ، تعلَّقَ به وجوبُ الحدِّ عليه ، والحكمُ بفسقه ، وردُّ شهادته / ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٢) . فإن تاب ، لم يسقط عنه الحدُّ ، وزالَ الفسقُ ، بلا خلافٍ . وتقبلُ شهادته عندنا . وروى

(١) في الأصل ، م : « فقبل » .

(٢) في م : « الرشيدة » .

(٣) سقط من : أ ، ب .

(٤-٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥) في م : « وما » .

(٦) سورة الإسراء ١٥ .

(٧) في أ : « يتحقق » .

(٨) سورة النور ٤ .

ذلك عن عمر ، وأبي الدرداء ، وابن عباس^(٣) . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ،
والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعبدُ الله بنُ عُتْبَةَ ، وجعفرُ بنُ أبي ثابتٍ ، وأبو الزناد ، ومالك ،
والشَّافِعِيُّ ، والْبَيْهَقِيُّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وذكره ابنُ عبد البر ، عن يحيى
ابن سعيد ، وربيعة . وقال شريح ، والحسن ، والنَّخَعِيُّ ، وسعيد بن جبير ، والثوري ،
وأصحابُ الرأي : لا تُقبلُ شهادته إذا جلد ، وإن تاب . وعند أبي حنيفة ، لا تُردُّ شهادته
قبل الجلد ، وإن لم يُتَّب . فالخلافُ معه في فصلين ؛ أحدهما ، أنه عندنا تسقطُ شهادته
بالقذف^(٤) ، إذا لم يُحَقِّقه^(٥) ، وعند أبي حنيفة ومالك ، لا تسقطُ إلا بالجلد . والثاني ، أنه إذا
تاب ، قبلتْ شهادته وإن جلد . وعند أبي حنيفة ، لا تُقبلُ . وتعلق بقول الله تعالى :
﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ . وروى ابنُ ماجه^(٦) ، بإسناده عن عمرو بن شعيب ،
عن أبيه ، عن جده ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ حَاتِنٍ ، وَلَا مُحْدُوِدٍ
فِي الْإِسْلَامِ » . واحتجَّ في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به
البينة ، فلا يجبُ به التفسير . ولنا ، في الفصل الأول ، إجماعُ الصحابة ، رضی الله
عنهم ، فإنه يروى عن عمر ، رضی الله عنه ، أنه كان يقول لأبي بكر ، حين شهد على
المغيرة بن شعبه : ثب ، أقبل شهادتك^(٧) . ولم يُنكر ذلك مُكرِّر ، فكان إجماعاً . قال
سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة ثلاثة رجال ؛ أبو بكر ، ونافع بن الحارث ، وشبل بن
معبد ، ونكل زياد ، فجلد عمر الثلاثة ، وقال لهم / ثوبوا ، تُقبلُ شهادتكم . فتاب
رجلان ، وقيل عمرُ شهادتهما ، وأبى أبو بكر ، فلم يُقبلُ شهادته^(٨) . وكان قد عاد مثل
النَّصْلِ مِنَ الْعِبَادَةِ . ولأنه تاب من ذنبه ، فقبلتْ شهادته ، كالتائب من الزنى ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الزنى أعظمُ من القذف به^(٩) ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله ، وسائر الذنوب ، إذا تاب
فاعلها ، قبلتْ شهادته ، فهذا أولى . وأمَّا الآية ، فهي حجة لنا ، فإنه استثنى التائبين ،

(٣) أخرجه عنهم البيهقي ، في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٥٢ - ١٥٤ .

(٤ - ٤) في ب : « وإن جلد » .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥١ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٥٢ . وعبد الرزاق ،

في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٦٢ .

(٧) سقط من : ب .

بقوله تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ ^(٨) . والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون تقديره :
﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ فاقبلوا شهادتهم ، وليسوا بفاسقين . فإن قال ^(٩) : إنما يعود
الاستثناء إلى الجملة التي تليها ؛ بدليل أنه لا يعود إلى الجدل . قلنا : بل يعود إليه أيضا ؛ لأن
هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو ، وهي للجمع تجعل الجملة كلها كالجملة
الواحدة ، فيعود الاستثناء إلى جميعها ، إلا ما منع منه مانع ، ولهذا لما قال النبي ﷺ :
« لَا يَوْمَنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ ^(١٠) فِي بَيْتِهِ ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ » ^(١١) . ^(١٢) عاد
الاستثناء إلى الجملتين جميعا ، ولأن الاستثناء يُغَايِرُ ما قبله ، فعاد إلى الجملة المعطوف ^(١٢)
بعضها على بعض بالواو ، كالشرط ، فإنه لو قال : امرأته طالق ، وعبد ^(١٣) حر ، إن لم
يَقُمْ . عاد الشرط إليهما ، كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى ؛ لأن رد
الشهادة هو المأمور به ، فيكون هو الحكم ، والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد
الشهادة ، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود ، أولى من رده إلى التعليل ، وحديثهم
ضعيف ، يرويه الحجاج بن أوطاة ، وهو ضعيف . قال ابن عبد البر : لم يرفع من في ^(١٤)
روايته حجة . وقد روى من غير طريقه ، ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من
غلطه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر
صحته ، فالمراد به من لم يتب ، بدليل : كل محدود تائب سوى هذا . وأما الفصل /
الثاني فدليلنا فيه الآية ، فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء ؛ إيجاب الجلد ، ورد
الشهادة ، والفسق ، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه ،
كالجلد ؛ ولأن الرمي هو المعصية ، والذنب الذي يستحق به العقوبة ، وتثبت به المعصية
الموجبة لرد الشهادة ، والحد كفارة وتطهير ، فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد

(٨) سورة النور ٥ .

(٩) في الأصل ، م : « قالوا » .

(١٠) سقط من : ١ . على أنه : « لَا يَوْمَنَّ الرَّجُلَ » .

(١١) تقدم ترجمته ، في : ٤٢/٣ .

(١٢-١٣) سقط من : ١ .

(١٣) في ب : « أو عبده » .

(١٤) سقط من : م .

ورَدُّ الشَّهَادَةِ حُكْمَانِ لِلْقَذْفِ ، فَيُبَيِّنَانِ جَمِيعًا ، وَتَخْلُفُ اسْتِيفَاءُ أَحَدِهِمَا ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْآخَرِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالْجَلْدِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْجَلْدَ حُكْمُ الْقَذْفِ الَّذِي تَعَذَّرَ تَحْقِيقُهُ ، فَلَا يُسْتَوْفَى قَبْلَ تَحَقُّقِ الْقَذْفِ ، وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يُسْتَوْفَى حَدُّ قَبْلِ تَحَقُّقِ سَبَبِهِ . وَيَصِيرُ مُتَحَقِّقًا بَعْدَهُ ^(١٥) ؟ هَذَا بَاطِلٌ .

فصل : والقاذف في الشتم تُرَدُّ شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنى إذا لم تكمل البيّنة ، تُقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعي ، أن شهادته لا تُرَدُّ . ولنا ، أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره ، وقال له : ثب ، أقبل شهادتك . وروايته مقبولة ، ولا نعلم خلافًا في قبول رواية أبي بكره ، مع ردِّ عمر شهادته .

١٩٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَتَوْبَتُهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ)

ظاهر كلام أحمد والخزفي ، أن توبة القاذف إكذابه ^(١) نفسه ، فيقول : كَذَبْتُ فِيمَا قُلْتُ . وهذا منصوص الشافعي ، واختيار الإصطخري من أصحابه . قال ابن عبد البر : وممن ^(٢) قال هذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ؛ لما روى الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال ، في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٣) . قال : « تَوْبَتُهُ إِكْذَابُ نَفْسِهِ » ^(٤) ؛ وَلَئِنْ عَرِضَ الْمَقْدُوفُ ثَلَاثَ بَقْدِفِهِ ، فَإِذَا كَذَبَهُ نَفْسَهُ يُزِيلُ ذَلِكَ التَّلَوِثَ ، فتكون التوبة به . وذكر القاضي أن القذف إن كان سبًا ، فالتوبة منه إكذاب / نفسه ، وإن كان شهادة ، فالتوبة منه أن يقول : القذف حرام باطل ، ولن أعود إلى ما قلْتُ . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . قال : وهو المذهب ؛ لأنه قد يكون صادقًا ، فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان ؛ لأنه نوع

و ٨٧/١١

(١٥) في الأصل : « بعد » .

(١) في م : « إكذاب » .

(٢) في ب : « ومن » .

(٣) سورة النور ٥ .

(٤) في ب : « لنفسه » . وذكر صاحب كنز العمال ٤٧٤/٢ ، أن ابن مردويه أخرجه .

إِكْذَابٍ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ مِنْ نَفْسِهِ الصِّدْقَ فِيمَا قَذَفَ بِهِ ^(٥) ، فَتَوْبَتُهُ الْاسْتِغْفَارُ ، وَالْإِقْرَارُ بِإِطْلَانِ مَا قَالَهُ وَتَحْرِيمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَعُودُ إِلَى مِثْلِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ صِدْقَ نَفْسِهِ ، فَتَوْبَتُهُ إِكْذَابُ نَفْسِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْقَذْفُ بِشَهَادَةٍ أَوْ سَبٍّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا فِي الشَّهَادَةِ ، صَادِقًا فِي السَّبِّ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الْقَاذِفَ كَاذِبًا إِذَا لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، بِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ : ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴾ ^(٦) . فَتَكْذِيبُ الصَّادِقِ نَفْسَهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ كَاذِبٌ فِي حُكْمِ اللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ صَادِقًا .

فصل : وَكُلُّ ذَنْبٍ تَلَزَمُ فَاعِلُهُ التَّوْبَةُ مِنْهُ ، وَمَتَى ^(٧) تَابَ مِنْهُ ، قَبِلَ اللَّهُ تَوْبَتَهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا الذُّنُوبَ بِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرِ اللَّهُ الذُّنُوبَ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ * أُولَئِكَ جَزَاءُهُمْ مَغْفِرَةٌ مِنْ رَبِّهِمْ ﴾ ^(٨) الْآيَةِ . وَقَالَ : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءًا أَوْ يَظِلْمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ ^(٩) . وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ » ^(١٠) . وَقَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : بَقِيَّةُ عَمْرِىَ الْمَرْءِ ^(١١) لَا قِيَمَةَ لَهُ ، يُدْرِكُ فِيهِ مَا فَاتَ ، وَيُحْيِي فِيهِ مَا أَمَاتَ ، وَيُبْدِلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِ حَسَنَاتٍ . وَالتَّوْبَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ بَاطِنَةً ، وَحُكْمِيَّةً ، فَأَمَّا / ^{٨٧/١١} ظ

الْبَاطِنَةُ ، فَهِيَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ تَعَالَى ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَعْصِيَةُ لَا تُوجِبُ حَقًّا عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ ، كَقُبْلَةِ أَجْنَبِيَّةٍ ، أَوِ الْخُلُوعِ بِهَا ، وَشُرْبِ مُسْكِرٍ ، أَوْ كَذِبٍ ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ التَّدْمُ ، وَالْعَزْمُ عَلَى أَنْ لَا يَعُودَ . وَقَدَرُوهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « التَّدْمُ تَوْبَةٌ » ^(١٢) . وَقِيلَ : التَّوْبَةُ النَّصُوحُ

(٥) سقط من : ب .

(٦) سورة النور ١٣ .

(٧) سقطت الواو من : ب ، م .

(٨) سورة آل عمران ١٣٥ ، ١٣٦ .

(٩) سورة النساء ١١٠ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٥٦٣/٩ .

(١١) في ١ ، ب ، م : « المؤمن » .

(١٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب ذكر التوبة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٤٢٠/٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٣٧٦/١ ، ٤٢٣ ، ٤٣٣ . والحاكم ، في : كتاب التوبة والإنابة . المستدرک ٢٤٣/٤ . والبيهقي ، في : =

تَجْمَعُ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ؛ النَّدَمُ بِالْقَلْبِ ، وَالاسْتِغْفَارُ بِاللِّسَانِ ، وَإِضْمَارُ أَنْ لَا يُعُودَ ، وَمُجَابَبَةُ خُلَطَاءِ السُّوءِ . وَإِنْ كَانَتْ تُوجِبُ عَلَيْهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ لَادِمِيٍّ ؛ كَمَنْعِ الزَّكَاةِ وَالْعَصَبِ ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ بِمَا ذَكَرْنَا ، وَتَرْكُ الْمَظْلَمَةِ حَسَبَ إِمْكَانِهِ ، بِأَنْ يُؤَدِّيَ الزَّكَاةَ ، وَيُرَدِّدَ الْمَغْضُوبَ ، أَوْ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَالْأَقِيمَتَهُ . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ ، نَوَى رَدَّهُ مَتَى قَدَّرَ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ فِيهَا حَقٌّ فِي الْبَدَنِ ، فَإِنْ كَانَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، كَالْقِصَاصِ ، وَحَدِّ الْقَذْفِ ، اشْتَرَطَ فِي التَّوْبَةِ التَّمَكُّينَ^(١٣) مِنْ نَفْسِهِ ، وَبَذْلَهَا لِلْمُسْتَحِقِّ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، كَحَدِّ الزُّنَى ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ ، فَتَوْبَتُهُ أَيْضًا بِالنَّدَمِ ، وَالْعَزْمِ عَلَى تَرْكِ الْعَوْدِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِقْرَارُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يَشْتَهَرْ عَنْهُ ، فَلَا أَوْلَى لَهُ سَتْرُ نَفْسِهِ ، وَالتَّوْبَةُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَتَى شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ ، فَلَيْسَتْ تَبْتَغِي بِسِتْرِ اللَّهِ ، فَإِنَّهُ مَنْ أَبْدَى لَنَا^(١٤) صَفْحَتَهُ أَقْمَنَا عَلَيْهِ الْحَدَّ »^(١٥) . فَإِنَّ الْغَامِدِيَّةَ حِينَ أَقْرَتْ بِالزُّنَى ، لَمْ يَنْكَرْ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ^(١٦) . وَإِنْ كَانَتْ مَعْصِيَةً مَشْهُورَةً ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْأَوْلَى الْإِقْرَارُ بِهِ ، لِيُقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَشْهُورًا ، فَلَا فَائِدَةَ فِي تَرْكِ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَرْكَ الْإِقْرَارِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَرَضَ لِلْمُقَرَّرِ عِنْدَهُ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ ؛ فَعَرَضَ لِمَاعِزٍ^(١٧) ، وَلِلْمُقَرَّرِ عِنْدَهُ بِالسَّرِقَةِ^(١٨) بِالرُّجُوعِ / ، مَعَ اسْتِثْنَاءِ عَنْهُ بِأَقْرَارِهِ ، وَكَرِهَ الْإِقْرَارَ ، حَتَّى إِنَّهُ قِيلَ لَمَّا قَطَعَ السَّارِقُ : كَأَنَّمَا أُسِفَ وَجْهُهُ رَمَادًا^(١٩) . وَلَمْ يَرِدِ الْأَمْرُ بِالْإِقْرَارِ ، وَلَا الْحَثُّ عَلَيْهِ فِي كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ ، وَلَا يَصِحُّ لَهُ قِيَاسٌ ، إِنَّمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِالسَّتْرِ ، وَالِاسْتِتَارِ ، وَالتَّعْرِيزِ لِلْمُقَرَّرِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ . وَقَالَ لَهْزَائِلُ ، وَكَانَ هُوَ الَّذِي

= باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠ / ١٥٤ .

(١٣) في الأصل ، أ ، ب : « التمكن » .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٥ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ٣١٣ / ١٢ .

(١٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٦ / ٢ .

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩ / ١٢ .

(١٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤١٩ ، ٤٣٨ .

أمر ماعزًا بالإقرار : « يَا هَزَلُ ، لَوْ سَتَرْتُهْ بِثَوْبِكَ ، كَانَ خَيْرًا لَكَ »^(٢٠) . وقال أصحاب الشافعي : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد . وليس بصحيح ؛ لما ذكرنا ، ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار ، وهي تجب ما قبلها ، كما ورد في الأخبار ، مع ما دللت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار ، وترك الإصرار . وأما البدعة ، فالتوبة منها بالاغتراف بها ، والرجوع عنها ، واعتقاد ضيد ما كان يعتقده منها .

فصل : ظاهر كلام أحمد والخرقي ، أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة ، من قبول الشهادة ، وصحة ولايته في التكاج ، إصلاح العمل . وهو أحد^(٢١) القولين للشافعي^(٢٢) ، وفي القول الآخر ، يعتبر إصلاح العمل ، إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنى ، ولم يكمل عدد الشهود ، فإنه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح ، وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تضي عليه سنة ، تظهر فيها توبته ، ويتبين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية^(٢٣) عن أحمد^(٢٤) ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا ﴾ . وهذا نص ، فإنه نهى عن قبول شهادتهم ، ثم استثنى التائب المصلح ؛ ولأن عمر ، رضي الله عنه ، لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه ، حتى بلغته توبته ، فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة^(٢٥) . ولنا ، قوله ﷺ : « التوبة تجب ما قبلها »^(٢٦) . وقوله : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له »^(٢٧) . ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة ، فكذا ذلك الأحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار / ما بعده ، وهو أعظم^{ظ ٨٨/١١} الذنوب كلها^(٢٨) ، فمادونه أولى . فأمّا الآية ، فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة ،

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٨٠/١٢ .

(٢١-٢٢) في ب : « قول الشافعي » .

(٢٢-٢٣) في م : « لأحمد » .

(٢٣) أخرجه الدارمي ، في : باب من هاب الفتيا ، وكره التنطع والتبدع ، من المقدمة . سنن الدارمي ٥٤/١ - ٥٦ .

وانظر : الإصابة ٤٥٨/٣ ، ٤٥٩ .

(٢٤) لم نجده بهذا اللفظ ، وإنما الوارد : « الإسلام يجب ما قبله » و « الهجرة تجب ما قبلها » . انظر : المسند

١٩٩/٤ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وانظر ما تقدم في : ٥٦٣/٩ .

(٢٥) تقدم تخريجه في : ٥٦٣/٩ .

(٢٦) سقط من : ب .

وعطفه^(٢٧) عليها لاختلاف اللفظين ، ودليل ذلك ، قول عُمرَ لأبي بَكْرَةَ : ثُب ، أَقْبَلْ شَهَادَتَكَ . ولم يَعْتَبِرْ أمراً آخرَ ، ولأنَّ مَنْ كان غاصِباً ، فَرَدَّ مَا فِي يَدَيْهِ ، أو مانِعاً لِلزَّكَاةِ ، فَأَذَاهَا وَتَابَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، قَدْ حَصَلَ مِنْهُ الْإِصْلَاحُ ، وَعِلْمُ نَزْوَعِهِ عَنْ مَعْصِيَتِهِ بِأَدَاءِ مَا عَلَيْهِ ، وَلَوْ لَمْ يُرِدِ التَّوْبَةَ ، لَمَا^(٢٨) أَذَى مَا فِي يَدَيْهِ^(٢٩) ، وَلَأنَّ تَقْيِيدَهُ بِالسَّنَةِ تَحَكُّمٌ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ^(٣٠) ، وَالتَّقْدِيرُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالتَّوْقِيفِ ، وَمَا وَرَدَ عَنْ عُمَرَ فِي حَقِّ صُبَيْغٍ إِنَّمَا كَانَ لِأَنَّهُ تَائِبٌ مِنْ بِدْعَةٍ ، وَكَانَتْ تَوْبَتُهُ بِسَبَبِ الضَّرْبِ وَالْهَجْرَانِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَظْهَرَ التَّوْبَةَ تَسْتِراً ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ التَّائِبَ مِنَ الْبِدْعَةِ يُعْتَبَرُ لَهُ مُضِيٌّ سَنَةٍ ، لِحَدِيثِ صُبَيْغٍ . رَوَاهُ أَحْمَدُ فِي « الْوَرَعِ » ، قَالَ : وَمِنْ عَلَامَةِ تَوْبَتِهِ ، أَنَّ يَجْتَنِبَ مَنْ كَانَ يُؤَالِيهِ مِنْ أَهْلِ الْبِدْعِ ، وَيُوَالِي مَنْ كَانَ يُعَادِيهِ مِنْ أَهْلِ السُّنَّةِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ التَّوْبَةَ مِنَ الْبِدْعَةِ كَعَمَلِهَا ، لِأَنَّ تَكُونَ التَّوْبَةَ بِفِعْلِ يُشَبِّهُ الْإِكْرَاهَ ، كَتَوْبَةِ صُبَيْغٍ ، فَيُعْتَبَرُ لَهُ مُدَّةٌ تُظْهِرُ أَنَّ تَوْبَتَهُ عَنْ^(٣١) إِخْلَاصٍ ، لَا عَنْ إِكْرَاهٍ . وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَقُولَ لِلْمُتَظَاهِرِ بِالْمَعْصِيَةِ : ثُب ، أَقْبَلْ شَهَادَتَكَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا أَعْرِفُ هَذَا . قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَكَيْفَ لَا يَعْرِفُهُ ، وَقَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالتَّوْبَةِ ، وَقَالَ عُمَرُ لِأَبِي بَكْرَةَ ! .

١٩٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ قَدْ كَانَ شَهِدَ بِهَا وَهُوَ غَيْرُ عَدْلٍ ، وَرُدَّتْ عَلَيْهِ ، لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ فِي حَالِ عَدَالَتِهِ^(١))

وجملته أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا شَهِدَ عَنْدَهُ فَاسِقٌ ، فَرَدَّ شَهَادَتَهُ لِفَسَقِهِ ، ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ ، وَأَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهَا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَالْمُزَنِّيُّ ، وَدَاوُدُ : تُقْبَلُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَالنَّظَرُ يَدُلُّ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ

(٢٧) ف ب : « وعطفها » .

(٢٨) في الأصل ، م : « ما » .

(٢٩) في الأصل : « يده » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في الأصل ، ب ، م : « على » .

(١) ف ب : « عدم الندم » .

عَدِلَ ، فَتُقْبَلُ ، كَالوْ شَهِدٍ وَهُوَ كَافِرٌ / فُرِدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي أَدَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعَيَّرُ بِرَدِّهَا ، وَلِحَقَّتْهُ غَضَاظَةٌ لِكَوْنِهَا رُدَّتْ بِسَبَبِ نَقْصِ يَتَعَيَّرُ بِهِ ، وَصَلَّاحُ حَالِهِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِهِ يَزُولُ بِهِ الْعَارُ ، فَتُلْحَقُ التُّهْمَةُ فِي أَنَّهُ قَصَدَ إِظْهَارَ الْعَدَالَةِ ، وَإِعَادَةَ الشَّهَادَةِ لَتُقْبَلَ ، فَيَزُولُ مَا حَصَلَ بِرَدِّهَا ؛ وَلِأَنَّ الْفِسْقَ يَخْفَى ، فَيُحْتَاجُ فِي مَعْرِفَتِهِ إِلَى بَحْثٍ وَاجْتِهَادٍ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ نَقُولُ : شَهَادَةُ مَرْدُودَةٍ بِالاجْتِهَادِ ، فَلَا تُقْبَلُ بِالاجْتِهَادِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى نَقْصِ الْاجْتِهَادِ بِالاجْتِهَادِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا رُدَّتْ شَهَادَةُ كَافِرٍ لِكُفْرِهِ ، أَوْ صَبِيٍّ لَصِبَرِهِ ، أَوْ عَبْدٍ لِرَقِّهِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْكَافِرُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَعَتَّقَ الْعَبْدُ ، وَأَعَادُوا تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهَا لَا تُرَدُّ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُرَدِّ أَوَّلًا بِالاجْتِهَادِ ، وَإِنَّمَا رُدَّتْ بِالْيَقِينِ ، وَلِأَنَّ الْبُلُوغَ وَالْحُرِّيَّةَ لَيْسَا مِنْ فِعْلِ الشَّاهِدِ ، فَيُتَّهَمُ فِي أَنَّهُ فَعَلَهُمَا لَتُقْبَلَ شَهَادَتُهُ ، وَالكَافِرُ لَا يَرَى كُفْرَهُ عَارًا ، وَلَا يَتْرُكُ دِينَهُ مِنْ أَجْلِ شَهَادَةٍ رُدَّتْ عَلَيْهِ . وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّحَّعِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَأَبِي الزِّنَادِ ، وَمَالِكٍ ، أَنَّهَا تُرَدُّ أَيْضًا فِي حَقِّ مَنْ أَسْلَمَ وَبَلَغَ ، وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً ^(٢) كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةُ مَرْدُودَةٍ ، فَلَمْ تُقْبَلْ ، كَشَهَادَةِ مَنْ كَانَ فَاسِقًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَقْتَضِي فَرْقًا بَيْنَهُمَا فَيُفْتَرَقَانِ ^(٣) . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْعَبْدِ إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِرَقِّهِ ، ثُمَّ عَتَّقَ ، وَأَعَادَ ^(٤) تِلْكَ ^(٥) الشَّهَادَةَ ، رَوَاتَانِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَوَّلَى أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، وَهُوَ أَمْرٌ يَظْهَرُ ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ السَّيِّدُ لِمُكَاتِبِهِ ، فُرِدَّتْ شَهَادَتُهُ ، أَوْ شَهِدَ وَارِثٌ لِمَوْرُوثِهِ بِالْجُرْحِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فُرِدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ عَتَّقَ الْمُكَاتِبُ ، وَبَرَأَ الْجُرْحُ ، وَأَعَادُوا ^(٦) تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، فَفِي قَبُولِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الْمَانِعِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِمْ ، فَأَشْبَهَ زَوَالَ الصَّبِيِّ بِالْبُلُوغِ / ، وَلِأَنَّ رَدَّهَا بِسَبَبِ لَا عَارَ فِيهِ ، فَلَا يُتَّهَمُ فِي قَصْدِ نَفْيِ الْعَارِ بِإِعَادَتِهَا ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ . وَالثَّانِي ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهَا بِاجْتِهَادِهِ ، فَلَا يَنْقُضُهَا

(٢) فِي ١ ، م زِيَادَةٌ : « أُخْرَى » .

(٣) فِي ١ ، ب ، م : « فَيَفْرَقَانِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَادْعَى » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي ب : « وَأَعَادَ » .

باجتهاده . والأوّل أشبه بالصّحّة ، فإنّ الأصل قبول شهادة العدل ، ما لم يمنع منه مانع ، ولا يصحّ القياس على الشهادة المردودة^(٧) للفسق ؛ لما ذكرنا بينهما من الفرق . ويُخرّج على هذا كلّ شهادة مردودة^(٨) ؛ إمّا للثّمة ، أو لعدم الأهليّة ، إذا أعادها بعد زوال الثّمة ، ووجود الأهليّة ، فهل تُقبّل ؟ على وجهين .

١٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم ، حتّى صار عدلاً ، قبلت منه)

وذلك لأنّ التّحمّل لا تُعتبر فيه العدالة ، ولا البلوغ ، ولا الإسلام ؛ لأنّه لا ثّمة في ذلك ، وإنّما يُعتبر ذلك ' (في الأداء) ' ، فإذا رأى الفاسق شيئاً ، أو سمعه ، ثمّ عدل ، وشهد به ، قبلت شهادته ، بغير خلاف نعلمه ، وهكذا الصّبيّ ، والكافر إذا شهد بعد الإسلام والبلوغ ، قبلت . ' (وكذلك الرواية) ' ؛ ولذلك كان الصّبيان في زمن النّبي ﷺ يزوون عنه بعد أن كبروا ؛ كالحسين ، والحسين ، وابن عبّاس ، والنّعمان بن بشير ، وابن الزّبير ، وابن جعفر ، والشّهادة في معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشّروط المُعتبرة للشّهادة .

١٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (ولو شهد وهو عدل ، فلم يحكم بشهادته حتّى حدث منه ما لا تجوز شهادته معه ، لم يحكم بها)

وجملة ذلك أنّ الشّاهدين إذا شهدا عند الحاكم ، وهما ممّن تُقبّل شهادته ، ثمّ لم يحكم بها حتى فسقا ، أو كفّرا ، لم يحكم بشهادتهما . وهذا قال أبو يوسف ، والشّافعي . وقال أبو ثور ، والمزنيّ : يحكم بها ؛ لأنّ بقاء أهليّة الشّهادة ليس شرطاً في الحكم ؛ بدليل ما لو ماتا ؛ ولأنّ فسقهما تجدد بعد أداء الشّهادة ، فأشبه ما لو تجدد

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١-١) في ١ : « للأداء » .

(٢-٢) في ب : « وكذلك الرواية » .

(١) في م : « ولم » .

٩٠/١١ بعد الحكم بها . وَجْهٌ ذَلِكَ مِنْ طَرِيقَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا / ، أَنَّ عَدَالََةَ الشَّاهِدِ شَرْطٌ لِلْحُكْمِ
فَيُعْتَبَرُ دَوَامُهَا إِلَى حِينِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا بُدَّ مِنْ وُجُودِهَا فِي الْمَشْرُوطِ ، وَإِذَا فَسَقَ
اِئْتَفَى الشَّرْطُ ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ ظُهُورَ فُسْطَقِهِ وَكُفْرِهِ ، يَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِهِ ؛ لِأَنَّ
الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُسِرُّ الْفُسْطَقَ ، وَيُظْهِرُ الْعَدَالََةَ ، وَالزُّنْدِيقُ يُسِرُّ كُفْرَهُ ، وَيُظْهِرُ إِسْلَامَهُ ،
فَلَا تَأْمَنُ كَوْنُهُ كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا حِينَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهَا مَعَ الشَّكِّ فِيهَا ، فَأَمَّا
إِنْ حَدَّثَ هَذَا مِنْهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِ ^(٢) ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ وَقَعَ صَحِيحًا ،
لَا سِتْمَرَارَ شَرْطِهِ إِلَى ائْتِهَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَدَ مَقْرُونًا بِشَرْطِهِ ظَاهِرًا ، فَلَا يُنْقَضُ بِالشَّكِّ ، كَمَا
لَوْ رَجَعَ عَنِ الشَّهَادَةِ ، وَكَأَنَّ لَوْ صَلَّى بِالتَّيْمُمِ ، ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ
الاسْتِيفَاءِ ، وَكَانَ حَدًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ ^(٣) لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ^(٣) ، وَهَذَا شُبْهَةٌ
فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَجَعَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ قَبْلَ اسْتِيفَائِهِ . وَإِنْ كَانَ مَا لَا اسْتِيفَاءَ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ
تَمَّ ، وَثَبَّتَ الْاسْتِحْقَاقُ بِأَمْرِ ظَاهِرِ الصَّحَّةِ ، فَلَا يَبْطُلُ بِأَمْرِ مُحْتَمِلٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَبْطُلْ
رُجُوعُهُ عَنْ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ كَانَ حَدٌّ قَذْفٍ أَوْ قِصَاصًا ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يُسْتَوْفَى . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ آدَمِيٌّ مُطَالَبٌ بِهِ ، أَشْبَهَ الْمَالَ . وَالثَّانِي ، لَا
يُسْتَوْفَى . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ عَلَى الْبَدَنِ ^(٤) ، تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، أَشْبَهَ الْحَدَّ .
وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . فَأَمَّا مَا حَدَّثَ بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي حَدٍّ وَلَا حَقٍّ ؛
لِأَنَّ الْحَقَّ اسْتَوْفِيَ بِمَا ظَاهَرَهُ الصَّحَّةُ ، وَسَوَّغَ الشَّرْعُ اسْتِيفَاءَهُ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ مَا طَرَأَ
بَعْدَهُ ^(٥) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَظْهَرْ شَيْءٌ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ آدَى الشَّهَادَةَ ، وَهَمَانِ أَهْلُهَا ، ثُمَّ مَا تَقَبَّلَ الْحُكْمَ بِهَا ، حَكَمَ الْحَاكِمُ

٩٠/١١ بِشَهَادَتِهِمَا ، سَوَاءٌ ثَبَّتَتْ عَدَالَتُهُمَا فِي حَيَاتِهِمَا / ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِمَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَشْهُودُ
بِهِ حَدًّا أَوْ غَيْرَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جُنُّوا ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُؤَثِّرُ
فِي شَهَادَتِهِ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الْكَذِبِ فِيهَا . وَلَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا حَالَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ ،

(٢) فِي ب ، م : « بِشَهَادَةِ » .

(٣-٣) فِي م : « بِالشُّبُهَاتِ لِأَنَّهُ يَدْرَأُ » .

(٤) فِي أ : « الْقَذْفُ » .

(٥) فِي أ : « بَعْدَ » .

والجُنُونُ والإِعْمَاءُ في معناه ، بخلافِ الْفِسْقِ والكُفْرِ .

١٩٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَشَهَادَةُ الْعَدْلِ عَلَى شَهَادَةِ الْعَدْلِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، إِذَا كَانَ الشَّاهِدُ الْأَوَّلُ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا)

الكلامُ في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛ أحدها ، في جوازها . والثاني ، في موضعها . والثالث ، في شرطها .

أما الأول : فإنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ ، بإجماع العلماء . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . قال أبو عبيد : أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق ، على إفضاء الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْأَمْوَالِ . ولأنَّ الحاجةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فإنَّهَا لو ^(١) لم تُقْبَلْ لَبَطَلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الْوُقُوفِ ^(٢) ، وما يتأخَّرُ إثباته عند الحاكم ثم يموتُ شهوده ، وفي ذلك ضررٌ على الناس ، ومشقةٌ شديدةٌ ، فوجبَ أن تُقْبَلَ ، كشهادة الأصل .

الفصل الثاني : أَنَّهَا تُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ ، وما يُقْصَدُ به المَالُ ، بإجماع ، كما ذكر أبو عبيد ، ولا تُقْبَلُ فِي حَدٍّ . وهذا قول النَّحَعِيِّ ، والشَّعْبِيِّ ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . وقال مالك ، والشافعي في قول ، وأبو ثور : تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ ، وكلُّ حقٍّ ؛ لأنَّ ذلك يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الْأَصْلِ ، فيَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، كالمال . ولنا ، أنَّ الحُدُودَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى السَّتْرِ ، والدَّرءِ بالشُّبُهَاتِ ، والإسقاطِ بالرجوعِ عن الإقرار ، والشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهَا شُبُهَةٌ ؛ فَإِنَّهَا يَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا احْتِمَالُ الْعَلَطِ وَالسَّهْوِ وَالْكَذِبِ فِي شُهُودِ الْفَرَجِ ، مع احتمال ذلك في شُهُودِ ^(٣) الْأَصْلِ ، وهذا احتمال زائدٌ ، لا يُوجَدُ فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ ، وهو مُعْتَبَرٌ ، بدليل أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى شُهُودِ الْأَصْلِ ، فوجبَ أن لا تُقْبَلَ فيما يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، ولأنَّهَا إِنَّمَا تُقْبَلُ لِلْحَاجَةِ ، ولا حاجةَ إِلَيْهَا فِي الْحَدِّ ؛ لأنَّ سَتَرَ / صاحبه أولى من الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، ولأنَّه لا نصَّ فيها ، ولا يصحُّ قياسُها على الْأَمْوَالِ ؛ لما بينهما من الْفَرْقِ

٩١/١١ و

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) في ب : « الموقف » . وفي م : « الوقف » .

(٣) في م : « جهود » . تحريف .

في الحاجة والتساهل فيها ، ولا يصح قياسها على شهادة الأصل ؛ لما ذكرنا من الفرق ، فبطل إثباتها . وظاهر كلام أحمد ، أنها لا تقبل في القصاص أيضاً ، ولا حد القذف ؛ لأنه قال : إنما تجوز في الحقوق ، أما الدماء والحد فلا . وهذا قول أبي حنيفة . وقال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور : تقبل . وهو ظاهر كلام الخرقي ؛ لقوله : في كل شيء إلا في الحدود . لأنه حق آدمي ، لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ، ولا يستحب ستره ، فأشبهه الأموال . وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد ؛ لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة . قال أحمد : ما أحسن ما قال . فجعله أصحابنا رواية في القصاص . وليس هذا برواية ؛ فإن الطلاق لا يشبه القصاص . والمذهب أنها لا تقبل فيه ؛ لأنه ^(٤) عقوبة بدنية ، تدرأ بالشبهات ، وتبنى على الإسقاط ، فأشبهت الحدود ، فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال ، كالنكاح والطلاق ، وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين ، فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق ، فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق . وهو قول الخرقي . وقال ابن حامد : لا تقبل في النكاح . ونحوه قول أبي بكر . فعلى قولهما ، لا تقبل إلا في المال ، وما يقصد به المال . وهو قول أبي عبيد ؛ لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين ، فأشبه حد القذف . ووجه الأول ، أنه حق لا يدرأ بالشبهات ، فيثبت بالشهادة ^(٥) على الشهادة ^(٥) ، كالمال ، وبهذا فارق الحدود .

الفصل الثالث : في شروطها ، ولها ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن تتعدر شهادة الأصل ؛ لموت ، أو غيبة ، أو مرض ، أو حبس ، أو خوف من سلطان ^(٦) / (أو غيره) . وهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن أبي يوسف ، ومحمد ، جوازها مع القدرة على شهادة الأصل ، قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبي ، أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل ؛ لأنهما إذا كانا حيين ، رجلي حضورهما ، فكانا كالحاضرين . وعن أحمد مثل هذا ، إلا أن القاضي تأوله على الموت ، وما في معناه من الغيبة

(٤) في ب : « لأنها » .

(٥-٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

الْبَعِيدَةُ وَنَحْوُهَا . وَيُمْكِنُ تَأْوِيلُ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ عَلَى هَذَا ، فَيُزَوَّلُ هَذَا الْخِلَافُ . وَلَبَّنا ، عَلَى اشْتِرَاطِ ^(٧) تَعَدُّرِ شَهَادَةِ شَاهِدِ الْأَصْلِ ، أَنَّهُ إِذَا أُمِّكِنَ ^(٨) الْحَاكِمُ أَنْ يَسْمَعَ ^(٩) شَهَادَةَ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، اسْتَعْنَى عَنِ الْبَحْثِ عَنِ عَدَالَةِ شَاهِدِي الْفَرْعِ ، وَكَانَ أَحْوَطَ لِلشَّهَادَةِ ، فَإِنَّ سَمَاعَهُ مِنْهُمَا مَعْلُومٌ ، وَصِدْقُ شَاهِدِي الْفَرْعِ عَلَيْهَا ^(٩) مَظْنُونٌ ، وَالْعَمَلُ بِالْيَقِينِ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْلَى مِنْ اتِّبَاعِ الظَّنِّ ، وَلَأنَّ شَهَادَةَ الْأَصْلِ تُثَبِّتُ نَفْسَ الْحَقِّ ، وَهَذِهِ إِنَّمَا تُثَبِّتُ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ ، وَلَأنَّ فِي شَهَادَةِ الْفَرْعِ ضَعْفًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْطَرِّقُ إِلَيْهَا اخْتِمَالَانِ ؛ أَحْتِمَالُ غَلَطِ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، وَاحْتِمَالُ غَلَطِ شَاهِدِي الْفَرْعِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ وَهَنًا فِيهَا ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَنْتَهِضْ لِإِبْطَالِ الْخُذُودِ وَالْقِصَاصِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تُثَبِّتَ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ شَهَادَةِ ^(١٠) الْأَصْلِ ، كَسَائِرِ الْأَبْدَالِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى أَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ ؛ لِأَنَّهُ تُخَفَّفُ فِيهَا ، وَلِهَذَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الْعَدَدُ ، وَلَا الذُّكُورِيَّةُ ، وَلَا الْحُرِّيَّةُ ، وَلَا اللَّفْظُ ، وَالْحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَيْهَا فِي حَقِّ عُمُومِ النَّاسِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَبَّنا ، عَلَى قَبُولِهَا عِنْدَ تَعَدُّرِهَا بِغَيْرِ الْمَوْتِ ، أَنَّهُ تَعَدَّرَتْ شَهَادَةُ الْأَصْلِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ شَاهِدُ الْأَصْلِ ، وَيُخَالَفُ الْحَاضِرَيْنِ / ؛ فَإِنَّ سَمَاعَ شَهَادَتِهِمَا مُمَكِّنٌ ، فَلَمْ يَجْزُ غَيْرُ ذَلِكَ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْعَيَّةَ الْمُشْتَرَطَةَ لِسَمَاعِ شَهَادَةِ الْفَرْعِ ، أَنْ يَكُونَ شَاهِدُ الْأَصْلِ بِمَوْضِعٍ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَشْهَدَ ثُمَّ يَرْجِعَ مِنْ يَوْمِهِ . وَهَذَا قَالَهُ أَبُو يَوْسَفَ ، وَأَبُو حَامِدٍ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ تَشَقَّقَ عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ بِمِثْلِ هَذَا السَّفَرِ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُضَارَّرُ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ ^(١١) . وَإِذَا لَمْ يَكْلِفِ الْحُضُورَ ، تَعَدَّرَ سَمَاعُ شَهَادَتِهِ ، فَاجْتِنِبَ إِلَى سَمَاعِ شَهَادَةِ الْفَرْعِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُعْتَبَرُ مَسَافَةُ الْقَصْرِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي الطَّيِّبِ الطَّبْرِيِّ ^(١٢) ، مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي مَسَافَةِ الْقَصْرِ كُلِّ عَلَى أَصْلِهِ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ فِي

(٧-٧) سقط من : ب .

(٨) في الأصل : استمع .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م : شاهدى .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري ، أحد حملة مذهب الإمام الشافعي ورفعاؤه ، توفي سنة خمسين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ١٢/٥ - ٥٠ .

حُكْمِ الجاضر ، في التَّرخُّصِ وغيره ، بخلافِ مسافةِ القَصْرِ . ويُعتَبَرُ دَوَامُ هذا الشرطِ إلى الحُكْمِ ، فلو شهدَ شاهِدَا الفَرعِ ، فلم يُحْكَمْ بشهادتهما حتى حضرَ شاهِدَا الأَصْلِ ، لَوَقَفَ^(١٣) الحُكْمُ على سماعِ شهادتهما ؛ لأنَّه قَدَرُ على الأَصْلِ قَبْلَ العملِ بالبَدَلِ ، فلم يَجْزِ العملُ به ، كالمُتَمَيِّمِ يَقْدُرُ على الماءِ قَبْلَ الصَّلَاةِ ، ولأنَّ حُضُورَهُما لو وُجِدَ قَبْلَ أداءِ شهادَةِ الفَرعِ ، مَنَعَ ، فإذا طرَأَ قَبْلَ الحُكْمِ ، مَنَعَ منه ، كالفِسْقِ . الشرطُ الثاني ، أنْ تَتَحَقَّقَ شروطُ الشَّهادةِ ، من العَدَالَةِ وغيرِها ، في كُلِّ واحدٍ من شُهودِ الأَصْلِ والفَرعِ ، على الوجهِ الذي ذَكَرْنَاهُ ؛ لأنَّ الحُكْمَ يَنبَنِي على الشَّهادَتَيْنِ جميعاً ، فاعتُبرتِ الشُّروطُ في كُلِّ واحدٍ منهما . ولا خِلافَ في هذا نَعْلَمُهُ . فإن عَدَلَ شُهودُ الفَرعِ شُهودُ الأَصْلِ ، فشَهِدَا بَعْدَئِهِما وعلى شهادتهما ، جازَ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُهُ . وإن لم يَشْهَدَا بَعْدَئِهِما ، جازَ ، ويتولَّى الحاكمُ ذلكَ ، فإن عَلِمَ عَدَالَتَهُما ، حَكَمَ ، وإن لم يَعْرِفْهَا بَحَثَ عنها^(١٤) .

٩٢/١١ وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال الثَّوْرِيُّ^(١٥) ، وأبو يوسُفَ / : إن لم يُعَدَّلْ شاهِدَا الفَرعِ شاهِدَيِ الأَصْلِ ، لم يَسْمَعْ الحاكمُ شهادتهما ؛ لأنَّ تَرْكَ تَعْدِيلِهِ يَرْتَابُ به الحاكمُ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّه يَجُوزُ أنْ لا يَعْرِفَا ذلكَ ، فيُرْجَعُ فيه إلى بَحْثِ الحاكمِ ، وَيَجُوزُ أنْ يَعْرِفَا عَدَالَتَهُما ويَتَرَكَاها ، اكْتِنَاءً بما يَثْبُتُ عِنْدَ الحاكمِ مِنْ عَدَالَتِهِما ، ولأبَدٍ من اسْتِمْرَارِ هذا الشرطِ ، ووُجُودِ العَدَالَةِ في الجميعِ إلى انْقِضَاءِ الحُكْمِ ؛ لما ذَكَرْنَا في شاهِدِ الأَصْلِ قَبْلَ هذا . وإن ماتَ شُهودُ الأَصْلِ أو الفَرعِ ، لم يَمْنَعِ الحُكْمَ ، وكذلك لو ماتَ شُهودُ الأَصْلِ قَبْلَ أداءِ الفُرُوعِ شهادَتَهُم ، لم يَمْنَعِ مِنْ أدائِها ، والحُكْمُ بها ؛ لأنَّ مَوْتَهُم مِنْ شَرَطِ سَمَاعِ شهادَةِ الفُرُوعِ والحُكْمِ ، فلا يَجُوزُ جَعْلُهُ مانِعاً ، وكذلك إن جُنُّوا ؛ لأنَّ جُنُونَهُم بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِم . الشرطُ الثالثُ ، أنْ يُعَيَّنَا شاهِدَيِ الأَصْلِ ، ويُسمَّيَاهُما . وقال ابنُ جَرِيرٍ : إذا قالا : ذَكَرْنِي ، حَرَّيْنِ ، عَدْلَيْنِ . جازَ ، وإن لم يُسمَّيَا ؛ لأنَّ العَرَضَ مَعْرِفَةُ الصِّفَاتِ دُونَ العَيْنِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لِحُجُوزِ أَنْ يَكُونَا عَدْلَيْنِ عِنْدَهُما ، مَجْرُوحَيْنِ عِنْدَ غَيْرِهِما ؛ ولأنَّ المشهودَ عَلَيْهِ رُبَّمَا أَمَكَّنَهُ جَرُّ الشُّهُودِ ، فإذا لم يَعْرِفْ أَعْيَانَهُما ، تَعَذَّرَ عَلَيْهِ ذلكَ .

(١٣) في م : « وقف » .

(١٤) في أ : « عنها » .

(١٥) في أ : « أبو ثور » .

الشرط الرابع ، أن يَسْتَرْعِيَهُ شاهدُ الأصلِ الشَّهادة^(١٦) ، فيقول : اشْهَدْ على شهادتي أَنِّي
أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا ، أَوْ أَقَرُّ عِنْدِي بِكَذَا . أَوْ يَسْمَعُ^(١٧) شَاهِدًا يَسْتَرْعِي آخَرَ
شَهَادَةً يَشْهَدُ عَلَيْهَا ، فيجوزُ لهذا السَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا ؛ لِحُصُولِ الاسْتِرْعَاءِ ، وَيَحْتَمِلُ
أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَسْتَرْعِيَهُ بَعِيْنُهُ . وهو قولُ أبي حنيفة . قال أحمدُ : لَا تَكُونُ
شَهَادَةُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَكَ ، فَأَمَّا إِذَا سَمِعْتَهُ يَتَحَدَّثُ ، فَأَمَّا ذَلِكَ حَدِيثٌ . وبما ذكرناه قال
الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . فَأَمَّا إِنْ سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ عِنْدَ الْحَاكِمِ / ٩٣/١١
بِحَقٍّ ، أَوْ سَمِعَهُ يَشْهَدُ بِحَقٍّ يَعْزِيهِ إِلَى سَبَبٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا
مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ . فَهَلْ يَشْهَدُ بِهِ ؟ قال أبو الحَطَّابِ : فِيهِ رَوَاتَانِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ لَهُ
الشَّهَادَةَ بِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالشَّهَادَةِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَنِسْبَتِهِ لِلْحَقِّ^(١٨) إِلَى
سَبَبِهِ ، يَزُولُ الْإِحْتِمَالُ ، وَيَرْتَفِعُ الْإِشْكَالُ ، فَتَجُوزُ لَهُ الشَّهَادَةُ عَلَى شَهَادَتِهِ ، كَمَا لَوْ
اسْتَرْعَاهُ . وَالرَّوَايَةُ الْآخَرَى ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ . وَهُوَ قولُ أبي حنيفة ، وَأَبُو
عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهَا مَعْنَى النَّيَابَةِ ، فَلَا يَنْبُو عَنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ . وَمَنْ نَصَرَ
الْأَوَّلَ قَالَ : هَذَا يَنْقُلُ شَهَادَتَهُ ، وَلَا يَنْبُو عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَشْهَدُ مِثْلَ شَهَادَتِهِ ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُ
عَلَى شَهَادَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنِّي أَشْهَدُ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا . فَلَا شُبْهَ أَنْ يَجُوزَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى
شَهَادَتِهِ . وَهَذَا قولُ أَبِي يَوْسُفَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي .^(١٩) وَقَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي^(٢٠) أَنِّي أَشْهَدُ . لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَشْهَدُ .
فَقَدْ أَمَرَهُ بِالشَّهَادَةِ ، وَلَمْ يَسْتَرْعِهِ . وَمَا عَدَا هَذِهِ الْمَوَاضِعَ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهَا عَلَى
الشَّهَادَةِ ، فَإِذَا سَمِعَهُ يَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى
شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَرْعِهِ الشَّهَادَةُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَعَدَهُ بِهَا . وَقَدْ يُوصَفُ الْوَعْدُ
بِالْوُجُوبِ مَجَازًا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْعِدَّةُ دَيْنٌ »^(٢١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالشَّهَادَةِ

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في م : « سمع » .

(١٨) في أ : « الحق » .

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٠) أخرجه الديلمي وابن عساكر . انظر : الجامع الكبير ٤٣٠/١ .

العِلْمُ ، فلم يَجْزُ لسامِعِهِ الشَّهَادَةُ بِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فلو سَمِعَ رجلاً يقولُ : لفلانٍ على ألف درهمٍ . جاز أن يشهد بذلك ، فكذا هذا . قلنا : الفرقُ بينهما من وجهين ؛ أحدهما ، أن الشَّهَادَةَ تَحْتَمِلُ العِلْمَ ، ولا يَحْتَمِلُ الإقرارُ ذاك^(٢١) . الثاني ، أن الإقرارَ أَوْسَعُ في لزومه ٩٣/١١ ط من الشَّهَادَةِ ؛ بدليل صِحَّتِهِ / في المجهول ، وأنه لا يُرَاعَى فيه العَدَدُ ، بخلاف الشَّهَادَةِ ، ولأنَّ الإقرارَ قولُ الإنسانِ على نفسه ، وهو غيرُ مُتَّهَمٍ ، فيكونُ أقوى منها ، ولهذا لا تُسَمَّعُ الشَّهَادَةُ في حَقِّ المُقَرَّرِ ، ولا يُحْكَمُ بها . ولو قال شاهدُ الأصلِ : أنا أشهدُ أن لفلانٍ على فلانٍ ألفاً ، فاشهدْ به أنتَ عليه . لم يَجْزُ أن يشهدَ على شهادته ؛ لأنه ما استرعاهُ شهادته ، فيشهدُ عليها ، ولا هو شاهدٌ بالحقِّ ؛ لأنه ما سَمِعَ الاعترافَ به ممَّن هو عليه ، ولا شاهدٌ سببه .

فصل : فأما كيفيةُ الأداءِ إذا كان قد استرعاها الشَّهَادَةُ ، فإنه يقولُ : أشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ ، وقد عرَّفْتُهُ بعينه واسمِهِ ونَسَبِهِ وعدلته ، أشهدُ نبيَّ أنه يشهدُ أن لفلانٍ بنِ فلانٍ ، على فلانٍ بنِ فلانٍ ، كذا وكذا ، أو أن فلاناً أقرَّ عندي بكذا . وإن لم يَعْرِفْ عدلته لم يذكرْها . وإن سَمِعَهُ يُشْهِدُ غَيْرَهُ ، قال : أشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ ، أشهدُ على شهادته أن لفلانٍ بنِ فلانٍ ، على فلانٍ بنِ فلانٍ ، كذا وكذا . وإن كان سَمِعَهُ يشهدُ عندَ الحاكمِ قال : أشهدُ أن فلانَ بنِ فلانٍ ، شهدَ على فلانٍ بنِ فلانٍ ، عندَ الحاكمِ بكذا^(٢٢) . وإن كان نَسَبَ الحقِّ إلى سببه ، قال : أشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ قال : أشهدُ أن لفلانٍ بنِ فلانٍ ، على فلانٍ بنِ فلانٍ كذا وكذا ،^(٢٣) من جهةِ كذا وكذا^(٢٤) . وإذا أرادَ الحاكمُ أن يَكْتُبَ ذلك ، كَتَبَهُ ، على ما ذكرنا في الأداءِ .

فصل : واختلفتِ الرُّوَايَةُ في شَرْطِ خامسٍ ، وهو الذُّكُورِيَّةُ في شُهُودِ الفَرْعِ ؛ فعن أحمدَ ، أنها شَرْطٌ ، فلا يُقْبَلُ في شُهُودِ الفَرْعِ نِسَاءٌ بِحَالٍ ، سواءَ كانَ الحقُّ ممَّا تُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، أو لا . وهذا قولُ مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهم يُشْتَبَنُ بِشهادَتِهِم

(٢١) في ١ : « ذلك » . وسقط من : م .

(٢٢) في الزيادة : « قال اشهد » .

(٢٣-٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

شهادة شهود الأصل دون الحق . وليس ذلك بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال ، فأشبهه القصاص / والحد . والثانية ، للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الأصل . قال حرب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين ، تجوز ؟ قال : نعم . يعنى إذا كان معهما ^(٢٤) رجل . وذكر الأوزاعي ، قال : سمعتُ نُمَيْرَ بنَ أَوْسٍ ^(٢٥) يُجِيزُ شهادة المرأة على شهادة ^(٢٦) المرأة . ووجهه ، أن المقصود بشهادة الفروع ^(٢٧) ، إثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل ، فقبلت فيه شهادتهن ، كالبيع . ويفارق الحد والقصاص ؛ فإنه ليس القصد من الشهادة به إثبات مال بحال ^(٢٨) . فأما شهود الأصل ، فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين ، في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال ، في قول أكثر أهل العلم . وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى ؛ لأن في الشهادة على الشهادة ضعفًا ؛ لما ذكرنا من قبل ، فلا مدخل للنساء فيها ؛ لأنها تزداد بشهادتهن ضعفًا . ولنا ، أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل ^(٢٩) ، فهي تثبت بشهادتهن ^(٣٠) ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق ، فهي تثبت بشهادتهن ، ولأن النساء شهدن بالمال ، أو ما يقصد به المال ، فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدت بها عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى ، لا أصل له .

فصل : ويجوز أن يشهد على ^(٣١) كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ، فيشهد شاهد فرع على شاهدي أصل . قال القاضي : لا يختلف كلام أحمد في هذا . وهو قول شريح ، والشعبي ، والحسن ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وإسحاق ،

(٢٤) سقط من : أ .

(٢٥) غير بن أوس الأشعري ، قاضي دمشق ، ثقة ، قليل الحديث . توفي سنة خمس عشرة ومائة . تهذيب التهذيب ٤٧٦ ، ٤٧٥ / ١٠ .

(٢٦) سقط من : ب ، م .

(٢٧) في أ : الفرع .

(٢٨) في أ : الأصول .

(٢٩) في الأصل : فهو .

(٣٠) في الأصل ، أ ، م : به شهادتهم . وكذلك في النسخ في الموضع الثاني .

وَالْبَتَّى ، وَالْعَبْرَى ، وَنُمَيْرِ بْنِ أَوْسٍ . قَالَ إِسْحَاقُ : لَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، حَتَّى جَاءَ هَؤُلَاءِ . وَقَالَ أَحْمَدُ : وَشَاهِدٌ عَلَى شَاهِدٍ يَجُوزُ ، لَمْ يَزَلِ النَّاسُ عَلَى ذَا ؛ شَرِيحٌ فَمَنْ دُونَهُ ، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ أَنْكَرَهُ . وَذَهَبَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ ، إِلَى أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ عَلَى كُلِّ / شَاهِدٍ أَصْلٌ إِلَّا شَاهِدًا فَرَعَ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ شَاهِدِي الْفَرَعِ يُثْبِتَانِ شَهَادَةَ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، فَلَا تُثْبِتُ شَهَادَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَقْلٍ مِنْ شَاهِدَيْنِ ، كَمَا لَا يُثْبِتُ إِقْرَارُ مُقَرَّرَيْنِ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، يَشْهَدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدٌ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يُثْبِتُ بِشَاهِدَيْنِ ، وَقَدْ شَهِدَ اثْنَانِ بِمَا يُثْبِتُهُ ، فَيُثْبِتُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا بِنَفْسِ الْحَقِّ ، وَلَئِنْ شَاهَدَى الْفَرَعُ بَدَلًا مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ ، فَيَكْفِي فِي عَدِّهِمَا ^(٣١) مَا يَكْفِي فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ ، وَلَئِنْ هَذَا الْجَمَاعُ ، عَلَى مَا ذَكَرَهُ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ ، وَلَئِنْ شَاهَدَى الْفَرَعُ لَا يَنْقُلَانِ عَنْ شَاهِدِي الْأَصْلِ حَقًّا عَلَيْهِمَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَقْبَلَ فِيهِ قَوْلُ وَاحِدٍ ، كَأَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ ، فَإِنَّهُمْ إِنَّمَا يَنْقُلُونَ الشَّهَادَةَ ، وَلَيْسَتْ حَقًّا عَلَيْهِمَا ^(٣٢) ، وَلِهَذَا لَوْ أَنْكَرَاهَا لَمْ يُعِدِّ الْحَاكِمُ عَلَيْهِمَا ، وَلَمْ يَطْلُبْهَا مِنْهُمَا . وَهَذَا الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرُوهُ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَنْ اعْتَبَرَ لِكُلِّ شَاهِدٍ أَصْلٌ شَاهِدِي فَرَعَ ، أَجَازَ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شَاهِدِي الْأَصْلِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَرَأَيْتُ كَثِيرًا مِنَ الْحُكَّامِ وَالْمُفْتِينَ يُجِيزُهُ . وَخَرَّجَهُ عَلَى قَوْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، جَوَازُهُ . وَالْآخَرُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يَكُونَ شُهُودُ الْفَرَعِ أَرْبَعَةً ، عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ أَصْلٌ شَاهِدًا فَرَعَ . وَاخْتَارَهُ الْمُزَنِّيُّ ؛ لِأَنَّ مَنْ يُثْبِتُ بِهِ أَحَدَ طَرَفِي الشَّهَادَةِ ، لَا يُثْبِتُ بِهِ الطَّرْفُ الْآخَرُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ أَصْلًا ^(٣٣) ^(٣٤) مَعَ شَاهِدٍ ^(٣٤) ، ثُمَّ شَهِدَ مَعَ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ ^(٣٥) شَاهِدِ الْأَصْلِ الْآخَرِ . وَلَنَا ، أَنََّّهُمَا شَهِدَا عَلَى قَوْلَيْنِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَقْبَلَ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا ^(٣٦) بِإِقْرَارِ اثْنَيْنِ ، أَوْ بِإِقْرَارَيْنِ بِحَقِّينِ ^(٣٦) . وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدُ الْأَصْلِ فَرَعًا ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ بَدَلًا أَصْلًا فِي شَهَادَةِ بَحْقٍ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، وَلَئِنْهُمْ

(٣١) فِي م : « عَدَّهَا » .

(٣٢) فِي ب ، م : « عَلَيْهِم » .

(٣٣) فِي أ ، م : « أَصْل » .

(٣٤-٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل ، ب .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٣٦-٣٦) فِي الْأَصْل : « اثْنَيْنِ بِإِقْرَارَيْنِ بِحَقِّينِ » . وَفِي ب : « بِإِقْرَارَيْنِ أَوْ بِإِقْرَارَيْنِ بِحَقِّينِ » . وَفِي م : « بِإِقْرَارَيْنِ بِحَقِّينِ » .

أَوْ بِإِقْرَارِ اثْنَيْنِ » .

يُثْبِتُونَ بِشَهَادَتِهِمْ شَهَادَةَ الْأَصْلِ ، وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر ، فعلى قول الشافعي / أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين ، وجب أن يكون شهود الفرع ستة ، وإن كان حق يثبت بأربع نسوة ، وجب^(٣٧) أن يكون شهود الفرع ثمانية ، وإن كان المشهود به زني ، خرّج فيه خمسة أقوال ؛ أحدها ، لا مدخل لشهادة الفرع في إثباته . والثاني ، يجوز ، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر ، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة . الثالث ، يكفي ثمانية . والرابع ، يكونون أربعة ، يشهدون على كل واحد . والخامس ، يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل . وهذا إثبات لحّد الزنى بشاهدين ، وهو بعيد .

فصل : وإن شهد بالحق شاهد أصيل ، وشاهد فرع ، يشهدان على شهادة أصيل آخر ، جاز . وإن شهد شاهد أصيل ، وشاهد فرع ، خرّج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل ، وإن شهد شاهد أصيل ، ثم شهد هو وآخر فرعاً على شاهد أصيل آخر ، لم تُقدّر شهادته^(٣٨) الفرعية شيئاً ، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته^(٣٩) شاهد واحد .

١٩٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَيَشْهَدُ عَلَى مَنْ سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِحَقِّ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لِلشَّاهِدِ : اشْهَدْ عَلَى)

اختلفت الرواية عن أحمد ، في هذه المسألة ، فالمذهب ما ذكره الخرقى ، وبه قال الشعبي ، والشافعي . وعن أحمد ، رواية ثانية ، لا يشهد حتى يقول له المقر : اشهد على . كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ، ويقول له : اشهد على شهادتي . وعنه ، رواية ثالثة ، إذا سمعه يقر بقرض ، لا يشهد ، وإذا سمعه يقر بدّين ، يشهد^(١) ؛

(٣٧) في م : « فوجب » .

(٣٨) في ١ ، ب : « شهادة » .

(٣٩) في الأصل : « شهادة » .

(١) في الأصل : « شهد » .

لأنَّ الْمُقَرَّرَ بِالذِّنِّ^(٢) مُعْتَرَفٌ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّرُ بِالْقَرَضِ لَا يَعْتَرِفُ بِذَلِكَ ، لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ اقْتَرَضَ مِنْهُ ، ثُمَّ وَقَّاهُ . وَعَنْهُ رَوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، إِذَا سَمِعَ شَيْئًا ، فَدُعِيَ إِلَى الشَّهَادَةِ ٩٥/١١ ط به^(٣) ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ شَهِدَ ، / ^(٤) وَإِنْ شَاءَ^(٥) لَمْ يَشْهَدْ . قَالَ : وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا أَشْهَدَ أَنْ يَشْهَدْ إِذَا دُعِيَ ، ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٦) . قَالَ : إِذَا أَشْهَدُوا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِذَا سَمِعَ رَجُلًا يَقْرَأُ لِرَجُلٍ بِحَقٍّ ، وَلَمْ يَقُلْ : أَشْهَدُ عَلَىٰ بِذَلِكَ . وَسَمِعَ^(٧) الشَّاهِدَ^(٨) أَنْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ ، فَيَقُولُ : أَشْهَدُ أَنِّي حَضَرْتُ إِقْرَارَ فُلَانٍ بِكَذَا . وَلَا يَقُولُ : أَشْهَدُ عَلَىٰ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ سَمِعَهُ يَقُولُ : اقْتَرَضْتُ مِنْ فُلَانٍ ، أَوْ قَبَضْتُ مِنْ فُلَانٍ . لَمْ يَجْزُ أَنْ يَشْهَدْ بِهِ .^(٩) وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يَشْهَدُ بِمَا عَلِمَهُ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ الْعِلْمُ بِسَمَاعِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْهَدْ بِهِ^(١٠) ، كَمَا يَجْزُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا رَأَاهُ مِنَ الْأَفْعَالِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ فِي الْأَفْعَالِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَشْهَدُ بِهِ حَتَّى يَقُولَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : أَشْهَدُ . وَهَذَا إِنْ أَرَادَ بِهِ الْعُمُومَ فِي جَمِيعِ الْأَفْعَالِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى مَنْعِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا بِالْكُلِّيَّةِ ، فَإِنَّ الْغَاصِبَ لَا يَقُولُ لِأَحَدٍ : أَشْهَدُ عَلَىٰ أَنِّي أَغْصَبُ . وَلَا السَّارِقُ ، وَلَا الزَّانِي ، وَلَا الْقَاتِلُ ، وَأَشْبَاهُ هَؤُلَاءِ . وَقَدْ شَهِدَ أَبُو بَكْرَةَ وَأَصْحَابُهُ عَلَى الْمُغِيرَةِ بِالزَّانِي ، فَلَمْ يَقُلْ عَمْرٌ : هَلْ أَشْهَدُكُمْ أَوْ لَا^(١١) . وَلَا قَالَهُ لِلذِّينِ^(١٢) شَهِدُوا عَلَى قُدَامَةَ بِشْرٍ الْحَمَرِ^(١٣) ، وَلَا قَالَهُ عَثْمَانُ^(١٤) لِلذِّينِ شَهِدُوا بِذَلِكَ^(١٥) عَلَى الْوَلِيدِ بْنِ عُقْبَةَ^(١٦) .

(٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مَعَهُ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

(٥) فِي ١ ، ب ، م ، « وَتَمَعَ » .

(٦) فِي ١ ، م ، زِيَادَةٌ : « فَلَهُ » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ١٨٤/١١ . وَفِي م بَعْدَ هَذَا مَا سَيَأْتِي بَعْدَ قَوْلِهِ : « الْوَلِيدُ بْنُ عُقْبَةَ » .

(٩) فِي ١ ، ب ، م ، « الَّذِينَ » .

(١٠) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٢٧٦/١٢ .

(١١) فِي م : « عَمْرٌ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(١٣) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : ٤٩٩/١٢ .

(٤) ولم يقل هذا أحد من الصحابة ، ولا من غيرهم (٤) . وإن أراد به الأفعال التي تكون بالتراضي ، كالقرض ، والقبض فيه ، وفي الرهن والبيع ، والافتراق ، ونحو ذلك ، جاز .

فصل : ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين (٥) ، شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً ، كان للشاهدَين أن يشهدا بما سمعا منهما ، ولم يسقط ذلك بشرطهما (٦) ؛ لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه ، وذلك قد حصل له ، سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها ، وعلى الجنايات بمشاهدتها ، ولا يحتاجان إلى إشهاد . وهذا قال ابن سيرين ، ومالك ، والثوري ، والشافعي .

فصل : والحقوق على ضربين ؛ أحدهما ، حق لآدمي معين ، كالحقوق المالية ، والنكاح / ، وغيره من العقود والعقوبات ، كالقصاص ، وحّد القذف ، والوقف على آدمي معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي ، فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ، ودليل لها ، فلا يجوز تقدّمها (٧) عليها . والضرب الثاني ، ما كان حقاً لآدمي غير معين ، كالوقف على الفقراء ، والمساكين ، أو جميع المسلمين ، أو على مسجد ، أو سقاية ، أو مقبرة مسبلة ، أو الوصية لشيء من ذلك ، ونحو هذا ، أو ما كان حقاً لله تعالى ، كالحدود الخالصة لله تعالى ، أو الزكاة ، أو الكفارة ، فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدّم الدعوى ؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدّعيه ، ويطلب به ، ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عتبة بشرب الخمر أيضاً ، من غير تقدّم دعوى ، فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يُعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ، ولا رضئ منه . وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين (٨) ، كتحريم الزوجة بالطلاق ، أو الظهار ، أو إغتاق الرقيق ، تجوز الحسبة به ، ولا تُعتبر فيه دعوى . ولو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة

(١٤-١٤) جاء هذا في م بعد قوله : « هل أشهدكم أولاً » . السابق .

(١٥) في ١ : « رجلين » .

(١٦) في ١ ، م : « شرطهما » .

(١٧) في الأصل : « تقديمها » .

(١٨) سقط من : الأصل .

ابتداءً ، ثَبَّتَ ذلك ، سَوَاءٌ صَدَّقَهُمَا ^(١٩) المشهودُ بِعَيْتِهِ ، أو لم يُصَدِّقْهُمَا ^(٢٠) . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وبه قال أبو حنيفة في الأَمَةِ . وقال في العبد : لا يَثْبُتُ ، ما لم يُصَدِّقِ العبدُ به ، وَيَدَّعِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَقُّهُ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ حُقُوقِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ بِعَيْتٍ ، فَلَا تَقْتَضِي إِلَى تَقْدِيمِ ^(٢١) الدَّعْوَى ، كَعَيْتِ الأَمَةِ ، وَيُخَالِفُ سَائِرَ الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا لَا يَفْتَقَرُ إِلَى قَبُولِ الْعِتْقِ ^(٢٢) . ودليل ذلك الأَمَةُ . وما ذكروه يَبْطُلُ بِعَيْتِ الأَمَةِ . فَإِنْ قَالَ ^(٢٣) :
 ٩٦/١١ ظ الأَمَةُ يَتَعَلَّقُ بِإِعْتَاقِهَا تَحْرِيمُ الْوَطْءِ . قُلْنَا : هَذَا لَا أَثَرُ لَهُ ، فَإِنَّ الْبَيْعَ ^(٢٤) يُوجِبُ تَحْرِيمَهَا / عَلَيْهِ ، وَلَا تُسْمَعُ الشَّهَادَةُ بِهِ ^(٢٥) إِلَّا بَعْدَ الدَّعْوَى .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ شَهَادَةٌ ^(٢٦) لَأَدَمِيٍّ ، لَمْ يَحُلْ ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِهَا ، أَوْ غَيْرَ عَالِمٍ ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِهَا ، لَمْ يَجُزْ لِلشَّاهِدِ أَدَاؤُهَا حَتَّى يَسْأَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ يَأْتِي قَوْمٌ يَنْدُرُونَ وَلَا يُؤْفُونَ ، وَيَشْهَدُونَ وَلَا يُسْتَشْهَدُونَ ، وَيَخُونُونَ وَلَا يُؤْتَمَنُونَ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٢٧) . وَلِأَنَّ أَدَاءَ حَقِّ الْمَشْهُودِ لَهُ ، فَلَا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِرِضَاهُ كَسَائِرِ حُقُوقِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِهَا ، جَازَ لِلشَّاهِدِ أَدَاؤُهَا قَبْلَ طَلَبِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا أُبَيِّنُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ لَهَا » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَمَالِكٌ ^(٢٨) .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) في ١ : « تقديم » .

(٢١) في م : « المعتق » .

(٢٢) في ب ، م : « قيل » .

(٢٣) في م : « المنع » .

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في ١ : « دعوى » .

(٢٦) تقدم تخريجه ، في : ٦٢١/١٣ .

(٢٧) أخرجه مسلم ، في : باب بيان خير الشهود ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الشهادات ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٣/٢ . وإمام مالك ، في : باب ماجاء في الشهادات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٢٠/٢ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ماجاء في الشهداء أبيهم خير ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذى ١٦٩/٩ ، ١٧٠ . وابن ماجه ، في : باب الرجل عنده شهادة لا يعلم بها صاحبها ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . =

وقال مالك : هو الذى يأتى بشهادته ، ولا يَعْلَمُ بها الذى هى له . وهذا الحديث وإن كان مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هَذِهِ الصُّورِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ ؛ وَلأنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهَا ، فَرَكَّهُ طَلِبُهَا لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرِيدُ إِقَامَتَهَا ، بِخِلَافِ الْعَالِمِ بِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ فِي أَدَائِهَا ، فَيَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بِكَذَا . وَنَحْوَهُ . وَلَوْ قَالَ : أَعْلَمُ ، أَوْ أَحَقُّ ، أَوْ أَتَيْقُنُ ، أَوْ أَعْرِفُ . لَمْ يُعْتَدَبْهُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مَصْدَرُ شَهِدَ يَشْهَدُ شَهَادَةً ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِثْنَانِ بِفِعْلِهَا الْمُشْتَقِّ مِنْهَا ، وَلأنَّ فِيهَا مَعْنَى لَا يَحْصُلُ فِي غَيْرِهَا مِنَ اللَّفْظَاتِ ؟ بِدَلِيلِ أَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْيَمِينِ ، فَيُقَالُ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ . وَهَذَا تُسْتَعْمَلُ فِي اللَّعَانِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

١٩٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الْمُسْتَحْفَى ، إِذَا كَانَ عَدْلًا)

المُسْتَحْفَى : هُوَ الَّذِي يُخْفِي نَفْسَهُ عَنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِيَسْمَعَ إِقْرَارَهُ ، وَلَا يَعْلَمُ بِهِ ، مِثْلُ مَنْ / يَجْحَدُ الْحَقَّ عِلَاقِيَّةً ، وَيُقَرُّ بِهِ سِرًّا ، فَيَحْتَبِي شَاهِدَانِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَعْلَمُ بِهِمَا ، لِيَسْمَعَا إِقْرَارَهُ ، ثُمَّ يَشْهَدَا بِهِ ، فَشَهَادَتُهُمَا مَقْبُولَةٌ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الصَّحِيحَةِ . وَهَذَا قَالَ عَمْرُو^(١) بْنُ حُرَيْثٍ . وَقَالَ : كَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْخَائِنِ وَالْفَاجِرِ^(٢) . وَرَوَى مِثْلَ ذَلِكَ عَنْ شُرَيْجٍ^(٣) . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، لَا تُسْمَعُ شَهَادَتُهُ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ أَبِي مُوسَى . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْجٍ^(٤) ، وَالشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾^(٥) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَدَّثَ بِحَدِيثٍ

= وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/١١٥ - ١١٧ ، ٥/١٩٢ ، ١٩٣ .

(١) عَمْرُو بْنُ حُرَيْثٍ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْخَزْزَمِيِّ الْكُوفِيُّ ، لَهُ صَحْبَةٌ ، وَلَدَ فِي أَيَّامِ بَدْرٍ . وَقِيلَ : قَبْلَ الْهِجْرَةِ بِسَنَتَيْنِ . تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَثَمَانِينَ . الْإِصَابَةُ ٤/٦١٩ .

(٢) أَوْرَدَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ الْمُخْتَبَى ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/٢٢٠ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي شَهَادَةِ الْمُخْتَبَى ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/٢٥١ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ السَّمْعِ شَهَادَةً وَشَهَادَةَ الْمُخْتَبَى ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٨/٣٥٦ .

(٣) ذَكَرَهُ وَكِيعٌ ، فِي : أَحْبَابِ الْقَضَاءِ ٢/٢٣٩ .

(٤) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ السَّمْعِ شَهَادَةً وَشَهَادَةَ الْمُخْتَبَى ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٨/٣٥٦ .

(٥) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ١٢ .

ثُمَّ التَّفَتَ ، فَهِيَ أَمَانَةٌ ^(٦) . يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِسَامِعِهِ ذِكْرُهُ عَنْهُ ؛ لِاتِّفَاتِهِ وَحَذَرِهِ . وَقَالَ
مَالِكٌ : إِنْ كَانَ الْمُشْهُودُ عَلَيْهِ ضَعِيفًا يَتَخَدَّعُ ^(٧) ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ،
قُبِلَتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَا سَمِعَاهُ يَقِينًا ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ بِهِمَا ^(٨) .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في نقل الحديث ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٦٦/٢ . والترمذي ، في : باب ما
جاء أن المجالس أمانة ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأخوذى ١٣٨/٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٤/٣ ،
٣٩٤ ، ٣٨٠ ، ٣٥٢ .

(٧) في الأصل : « يتخدع » . وفي ١ : « يتخدع » .

(٨) في ١ ، ب ، م : « بها » .

كتاب الأقضية

١٩١٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا هَلَكَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ وَلَدَيْنِ وَمَاتَنِي دِرْهَمٌ ، فَأَقْرَّ أَحَدَهُمَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ دَيْنًا عَلَى أَبِيهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، دَفَعَ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ إِرْثِهِ عَنْ أَبِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّرُ عَدْلًا ، فَيَشَاءُ الْعَرِيمُ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ شَهَادَةِ الْإِبْنِ ، وَيَأْخُذَ مِائَةً ، وَتَكُونَ الْمِائَةُ الْبَاقِيَةُ بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ)

هذه المسألة في الإقرار من بعض الورثة ، وقد ذكرناها في باب الإقرار^(١) ، وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه ، وميراثه ههنا النصف ، فيكون عليه نصف الدين ؛ وهو نصف المائة ، ونصفها الباقي يشهد به على أخيه ، فإن كان عدلاً ، فشاء العريم ، خلّف مع شهادته ، واستحق الباقي ؛ لأنه لا تهمّة في حق الابن المقرّ ، فإنه لا يعجر إلى نفسه بهذه الشهادة نفعا ، ولا يدفع بها ضررا . وإن شهد أجنبى مع الوارث المقرّ ، كملت الشهادة ، وحكم للمدعى بما شهدا به له ، إذا كانا عدلين ، وأدّى الشهادة بلفظ الشهادة ، ولا يكتفى بلفظ الإقرار في الشهادة ؛ / لما ذكرنا من قبل . وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين ؛ مثل أن يخلف ثلاثة بينين ، فيقرّ اثنان منهم بالدين ، ويشهدان به ، فإن شهادتهما تقبل ، ويثبت باقى الدين فى حق المنكر . وبهذا كله قال الحسن ، والشّعبي^(٢) ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال حماد ، وأصحاب الرأي : المقر به كله فى نصيب المقرّ . وهو قول الشّعبي ، وعلى هذا ينبغي^(٣) أن لا تقبل شهادة المقرّ بالدين ؛ لأنه يعجر بشهادته نفعا إلى نفسه ، وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه . والإقرار بوصية تخرج من الثلث ، كالإقرار بالدين ، فيما^(٤) ذكرناه .

(١) تقدم فى ٣٢٨/٧ .

(٢) كذا ورد فى النسخ . وانظر : ما يأتى .

(٣) سقط من : ب .

(٤) فى ب : على ما .

فصل : ولو ثَبَتَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ بَيِّنَةٌ ، لم يَمْنَعْ ذَلِكَ قَبُولَ شَهَادَتِهِ عَلَيْهِ بِدَيْنٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا ابْنَ أَبِي لَيْلَى ، قَالَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى غَرِيمِهِ الْمَيِّتِ بِذَلِكَ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ لِقَوْلِ الْيَافِثِيِّ (٥) ، فَيُحَاصُّ (٥) الْغُرَمَاءُ بِمَا شَهِدَ لَهُ بِهِ ثُمَّ يُقَاسَمُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَدْلٌ غَيْرُ مُتَّهَمٍ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ كَعَوْدِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَجُزُّ بِشَهَادَتِهِ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرًّا ، بَلْ يَضُرُّ نَفْسَهُ ، لَكَوْنِ الْمَشْهُودِ لَهُ يُزَاحِمُهُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ ، وَيَنْقُصُ مَا يَأْخُذُهُ ، فَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الصَّدَقِ ، وَأُخْرَى أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ لَهُ مِنَ الْإِحْتِمَالِ يُوجَدُ فِي الْأَجَنَبِيِّ ، وَلَمْ يَمْنَعْ قَبُولَ شَهَادَتِهِ .

١٩١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ هَلَكَ رَجُلٌ عَنِ ابْنَيْنِ ، وَلَهُ حَقٌّ بِشَاهِدٍ ، وَعَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ مَا يَسْتَعْرِقُ مِيرَاثَهُ ، فَأَبَى الْوَارِثَانِ أَنْ يَخْلِفَا مَعَ الشَّاهِدِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ شَاهِدِ الْمَيِّتِ ، وَيَسْتَحِقَّ ، فَإِنْ حَلَفَ الْوَارِثَانِ مَعَ الشَّاهِدِ ، حُكِمَ بِالَّذَيْنِ ، فَدَفِعَ إِلَى الْغَرِيمِ)

وجملته أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا ، وَادَّعَى وَرَثَتُهُ دَيْنًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ ، فَأَنْكَرَ ، فَأَقَامُوا شَاهِدًا عَدْلًا ، وَحَلَفُوا مَعَهُ ، حُكِمَ بِالَّذَيْنِ لِلْمَيِّتِ ، ثُمَّ تُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ ، ثُمَّ تُنْفَذُ وَصَايَاهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، إِلَّا أَنْ يُحْجِزَ الْوَرِثَةُ ، فَإِنْ أَبَى / الْوَرِثَةُ أَنْ يَخْلِفُوا ، لَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَخْلِفَ (١) مَعَ شَاهِدِ الْمَيِّتِ . وَهَذَا قَالَ إِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ ، وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : لِلْغَرِيمِ أَنْ يَخْلِفَ (١) ، وَيَسْتَحِقَّ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْمَالُ ، قُدِّمَ حَقُّهُ عَلَى الْوَرِثَةِ ، وَكَانَتْ لَهُ الْيَمِينُ كَالْوَارِثِ . وَلَنَا ، أَنَّ الدَّيْنَ لِلْوَرِثَةِ دُونَ الْغَرِيمِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَسْتَعْرِقِ الدَّيْنَ مِيرَاثَهُ ، وَالِدَلِيلِ عَلَى أَنَّهُ لِلْوَارِثِ ، أَنَّهُ يُكْتَفَى بِيَمِينِهِ ، وَلَوْ كَانَ لَعَوْدِهِ لَمَا اكْتَفَى بِهَا ، وَلَئِنْ حَقَّ الْغَرِيمِ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ ، وَالَّذَيْنِ لِلْمَيِّتِ ، وَهَذَا يَشْهَدُ الشَّاهِدُ بِأَنَّ الدَّيْنَ لِلْمَيِّتِ ، وَالَّذِي يَخْلِفُ مَعَهُ

(٥) فِي ب : « فَيُخْلَصُ » .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْر .

إِنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَجُوزُ لِلْعَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّ^(٢) لِي^(٣) فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دَيْنًا ،
بِالِاتِّفَاقِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى دَيْنٍ غَيْرِهِ الَّذِي لَا فِعْلَ لَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا جَعَلَ
الْيَمِينَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْوَكِيلَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْعَرِيمَ لَوْ
حَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ ، ثُمَّ أَبْرَأَ الْمَيِّتَ مِنَ الدَّيْنِ ، لَرَجَعَ الدَّيْنُ إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَلَوْ كَانَ قَدْ ثَبَتَ لَهُ^(٤)
بَيِّنَتُهُ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَيْهِمْ . وَهَكَذَا لَوْ وَصَّى الْمَيِّتُ لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ لَمْ يَحْلِفِ الْوَرِثَةُ ، لَمْ يَكُنْ
لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يَحْلِفَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُ الْبَتْنَيْنِ مَعَ الشَّاهِدِ ، لَمْ يَثْبُتْ مِنَ الدَّيْنِ إِلَّا قَدْرُ حِصَّتِهِ .
وهكذا إِذَا ادَّعَى الْوَرِثَةُ وَصِيَّةً لِأَيِّهِمْ أَوْ دَيْنًا ، وَأَقَامُوا شَاهِدًا ، لَمْ يَثْبُتْ جَمِيعُهُ إِلَّا بِأَيِّمَانِ
جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ حَلَفَ بَعْضُهُمْ ، ثَبَتَ مِنَ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، وَلَا يُشَارِكُهُ فِيهِ بَاقِي
الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ حَقٌّ بَدُونَ أَيِّمَانِهِمْ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقُّوا بَيِّنَتٍ غَيْرِهِمْ ، وَيَقْضَى
مِنْ دَيْنِ أَبِيهِ بِقَدْرِ مَا ثَبَتَ لَهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْوَرِثَةِ صَغِيرٌ أَوْ مَعْتَوَةٌ ، وَقَفَ حَقُّهُ ، حَتَّى يَبْلُغَ
الصَّغِيرُ وَيُعْقِلَ الْمَعْتَوَةُ ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُمْكِنُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى حَالِهِ ، وَلَا يَحْلِفُ وَلِيُّهُ ؛ لَكُونَ
الْيَمِينَ لَا تَدْخُلُهَا التِّيَابَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أَحْرَسُ مَفْهُومُ الْإِشَارَةِ ، حَلَفَ وَأُعْطِيَ حِصَّتَهُ ،
وَأِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، وَقَفَ حَقُّهُ أَيْضًا . فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ وَالْمَعْتَوَةُ ، قَامَ وَرَثَتُهُمْ
مَقَامَهُمْ فِي الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْقَاقِ . فَإِنْ طَالَبَ أَوْلِيَاؤُهُمَا فِي حَيَاتِهِمَا بِحَبْسِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ
حَتَّى يَبْلُغَ الصَّبِيُّ ، وَيُفَيِّقَ الْمَجْنُونُ ، وَيُعْقِلَ الْأَحْرَسُ الْإِشَارَةَ ، أَوْ بِإِقَامَةِ كَفِيلٍ ، لَمْ
يُجَابُوا إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ لَا يُسْتَحَقُّ عَلَى مَنْ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حَقٌّ .

فصل : وَتَرَكَةُ الْمَيِّتِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهَا لَوَرِثَتِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . نَصَّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَفْلَسَ ، ثُمَّ مَاتَ ، قَالَ : قَدْ انْتَقَلَ الْمَبِيعُ^(٥) إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَحَصَلَ مِلْكًا^(٥)
لَهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ الدَّيْنُ يَسْتَعْرِقُ التَّرِكَةَ ، مُنِعَ نَقْلُهَا إِلَى
الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَعْرِقُهَا ، لَمْ يُنْمَعْ اتِّتْقَالُ شَيْءٍ مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْإِصْطَخَرِيُّ :

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : ١ ، ب .

(٤) في الأصل : « البيع » .

(٥) في ١ ، ب ، م : « ملكه » .

يُمنع بقدره . وقد أوماً أحمد إلى مثل هذا ؛ فإنه قال ، في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين ، فقال أحد البنين : أنا أعطى ، ودعوا إلى الربع . فقال أحمد : هذه الدار للغرماء ، لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا^(٦) الدين . وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده ؛ لأنه منع^(٧) الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته ؛ لأن الدين لم يثبت في ذمم الورثة ، فيجب أن يتعلق بالتركة . والمذهب الأول ، ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف على دين الميت . وذلك لأن^(٨) الدين محلله الذمة ، وإنما يتعلق بالتركة ، فيتخير الورثة بين^(٩) قضاء الدين^(٩) منها ، أو من غيرها ، كالرهن والجاني ، ولهذا لا يلزم الغرماء^(١٠) نفقة العبيد ، ولا يكون نماء التركة لهم ، ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة ، أو إلى الغرماء ، أو تبقى للميت ، أو لا تكون لأحد ، لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء ؛ لأنها لو / انتقلت إليهم ، لزمهم نفقة الحيوان^(١١) ، وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ، ولا يجوز أن تبقى للميت ؛ لأنه لم يبق أهلاً للملك ، ولا يجوز أن لا تكون^(١٢) لأحد ؛ لأنه مال مملوك ، فلا بد من مالك ، ولأنها لو بقيت بغير مالك ، لأبيحت لمن يملكها ، كسائر المباحات ، فثبت أنها انتقلت إلى الورثة . فعلى هذا ، إذا تمت التركة ، مثل أن غلبت الدار ، وأثمرت النخيل ، ونبتت الماشية ، فهو للوارث ، ينفرد به ، لا يتعلق به حق الغرماء ؛ لأنه نماء ملكه ، فأشبهه كسب الجاني . ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء ؛ كنماء الرهن . ومن اختار الأول ، قال : تعلق الحق بالرهن أكد ؛ لأنه ثبت باختيار المالك ورضاه ، ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ، ولم يمنع التصرف ، فكان أشبه بالجاني . وعلى الرواية الأخرى ، يكون نماء التركة حكمه حكم التركة ، وما يحتاج إليه من المؤنة منها . وإن تصرف الورثة في التركة ، ببيع أو هبة أو قسمة ، فعلى الرواية الأولى ، تصرفهم صحيح ، فإن قضوا الدين وإلا نقصت

(٦) في ١ : « يوفوا » .

(٧) في م : « يمنع » .

(٨) في ١ ، م : « أن » .

(٩-٩) في ١ : « قضائه » .

(١٠) في ب ، م : « للغرماء » .

(١١) في ١ : « الحيوانات » .

(١٢-١٢) في ١ ، ب : « تكون لا » .

تَصَرُّفَاتِهِمْ ، كَمَا لَوْ تَصَرَّفَ السَّيِّدُ فِي الْعَبْدِ الْجَانِي وَلَمْ يَقْضِ دَيْنَ الْجَنَايَةِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، تَصَرُّفَاتُهُمْ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهُمْ تَصَرَّفُوا فِيمَا لَمْ يَمْلِكُوهُ .

فصل : إِذَا حَلَفَ ثَلَاثَةٌ بَيْنَ وَأَبَوَيْنِ ، فَادَّعَى الْبَنُونَ أَنَّ أَبَاهُمْ وَقَفَ دَارَهُ عَلَيْهِمْ فِي صِحَّتِهِ ، وَأَقَامُوا بِذَلِكَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، حَلَفُوا مَعَهُ ، وَصَارَتْ وَقْفًا عَلَيْهِمْ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْأَبَوَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفُوا مَعَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ وَلَا لَهُ وَصِيَّةٌ ، حَلَفَ الْأَبَوَانِ ، وَكَانَ نَصِيبُهُمَا طَلْقًا لهما ، وَنَصِيبُ الْبَنِينَ وَقْفًا عَلَيْهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَذُ بِإِقْرَارِهِمْ . وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ ، أَوْ وَصَّى بِشَيْءٍ ، قُضِيَ دَيْنُهُ ، وَتَفَدَّتْ وَصِيَّتُهُ ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْوَرِثَةِ ، فَمَا حَصَلَ لِلْبَنِينَ / كَانَ وَقْفًا عَلَيْهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ . وَإِنْ حَلَفَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، كَانَ ثُلُثُ الدَّارِ وَقْفًا عَلَيْهِ ، وَالباقى يَقْضَى مِنْهُ الدَّيْنُ وَمَا فَضَلَ يَكُونُ مِيرَاثًا ، فَمَا حَصَلَ لِلْأَبْنَيْنِ مِنْهُ كَانَ وَقْفًا عَلَيْهِمَا ، وَلَا يَرِثُ الْحَالِفُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مِنْهَا شَيْئًا سِوَى مَا وَقَفَ عَلَيْهِ . وَإِنْ حَلَفُوا كُلُّهُمْ ، فَتَبَّتِ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا عَلَى بَطْنٍ ، ثُمَّ عَلَى بَطْنٍ بَعْدَ بَطْنٍ أَبَدًا ، أَوْ مُشْتَرَكًا ، فَإِنْ كَانَ مُرْتَبًا ، فَإِذَا انْقَرَضَ الْأَوْلَادُ الثَّلَاثَةُ ، انْتَقَلَ الْوَقْفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي ، بَغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَبَّتْ كَوْنُهُ وَقْفًا بِالشَّاهِدِ ^(١٣) وَيَمِينِ الْأَوْلَادِ ، فَلَمْ يَحْتَجْ مِنْ انْتَقَالٍ ^(١٤) إِلَيْهِ إِلَى يَتِيَّةٍ ، كَمَا لَوْ تَبَّتْ بِشَاهِدَيْنِ ، وَكَمَا لِلْمَالِ الْمَوْرُوثِ . وَكَذَلِكَ إِذَا انْقَرَضَ الْأَوْلَادُ ، وَرَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، لَمْ يَحْتَاجُوا فِي ثُبُوتِهِ لَهُمْ إِلَى يَمِينٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ انْقَرَضَ أَحَدُ الْأَوْلَادِ ، انْتَقَلَ نَصِيبُهُ مِنْهُ إِلَى إِخْوَتِهِ ، أَوْ إِلَى مَنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ انْتِقَالَهُ ^(١٥) إِلَيْهِ ، بَغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ امْتَنَعَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنَ الْيَمِينِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ نَصِيبَهُمْ يَكُونُ وَقْفًا عَلَيْهِمْ بِإِقْرَارِهِمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا ، كَانَ ذَلِكَ وَقْفًا عَلَى حَسَبِ مَا أَقْرَأُوهُ ، فَإِنْ كَانَ إِقْرَارُهُمْ أَنَّهُ وَقَفَ عَلَيْهِمْ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، فَقَالَ أَوْلَادُهُمْ : نَحْنُ نَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِنَا ، لَتَكُونَ جَمِيعُ الدَّارِ وَقْفًا لَنَا . فَلَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ يَنْقُلُونَ الْوَقْفَ مِنَ الْوَاقِفِ ، فَلَهُمْ إِثْبَاتُهُ ، كَالْبَطْنِ الْأَوَّلِ . فَأَمَّا إِنْ حَلَفَ أَحَدُ الْبَنِينَ ، وَكَلَّ إِخْوَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْحَالِفُ ؛ نَظَرْتُ ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ إِخْوَتِهِ ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى أَوْلَادِهِ ، وَجَهًا وَاحِدًا .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « بِالشَّاهِدَيْنِ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « يَنْتَقِل » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

وإن مات في حياة إخوته ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، يُنصرف إلى إخوته ؛ لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول . والثاني ، ينتقل إلى أولاده ؛ لأن أخويه أسقطا حقهما بتركولهما ، فصارا كالمعدومين . والثالث ، يُصرف إلى أقرب / عَصَبَةٍ الواقف ؛ ^(١٦) لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ، ولا إلى البطن الثاني ، لما ذكرنا ، فيُصرف إلى أقرب عَصَبَةٍ الواقف ^(١٧) ، إلى أن يموت الأخوان ، ثم يعود إلى البطن الثاني . والأول أصح ؛ لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما ، وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه ، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ، ثبت الوقف من غير يمين ، وهُنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني ، فوجب أن يُنصرف إليهما ؛ لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له ^(١٨) . فإن قيل : فإذا كان البطن الثاني صغيرا ، فما حصل الاعتراف منهم . قلنا : قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه ، وبالبيينة التي ثبت بها الوقف ، وبها يستحق البطن الثاني ، فاكْتَفَى بذلك في انتقاله إلى الأخوين ، كما كُتِفَى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين ، ويدل على صحة هذا ، أننا اكتفينا بالبيينة في أصل الوقف ، وفي كَيْفِيَّتِهِ ، وصِفَتِهِ ، وتَرْتِيبِهِ ، فيما عدا هذا المختلف فيه ، فيجب أن يُكْتَفَى به فيه . فأما إن كان شرط الواقف ^(١٩) أن من مات منهم عن ولد ، انتقل نصيبه إليه ، انتقل إلى أولاده ، وجهاً واحداً ؛ لأنه ^(٢٠) لا منازع لهم فيه . وإن مات عن ^(٢١) غير ولد ، انتقل إلى أخويه ^(٢٢) ، على الوجه الصحيح ، ويُخَرَّج فيه الوجهان الآخريان . الحال الثاني ، إذا كان الوقف مُشْتَرَكاً ؛ وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده ، وولد ولده ما تناسلوا ، فقد شَرَكَ بين البطون ، ففي هذه الحال ، إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ، ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ، ثبت الوقف على الثلاثة . وإن كان من أولادهم أحد موجوداً ، فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق ، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثاً

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) في ب : « الوقف » .

(١٩) في ب : « لأنهم » . وسقط من : الأصل .

(٢٠) في الأصل ، ب ، م : « من » .

(٢١) في الأصل : « إخوته » .

تُقَضَى منه الدُّيُونُ، وَتُقْذَلُ الْوَصَايَا، وَبَاقِيهِ لِلْوَرِثَةِ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْوَقْفَ / ابتداءً من الواقِفِ بغيرِ ١٠٠/١١ ظ
واسِطَةٍ، فَهُوَ كَأَحَدِ الْبَيْنَيْنِ. وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، أَوْ حَدَثَ لِأَحَدِ الْبَيْنَيْنِ وَلَدٌ يُشَارِكُهُمْ فِي
الْوَقْفِ، أَوْ كَانَ أَحَدُ الْبَيْنَيْنِ صَغِيرًا، أَوْ قَفَ ^(٢٢) نَصِيْبُهُ مِنَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ، وَلَا يُسَلَّمُ إِلَى وَلِيِّهِ
حَتَّى يَتْلَعَ، فَيَحْلِفَ أَوْ يَمْتَنِعَ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى الْوَقْفَ مِنْ غَيْرِ واسِطَةٍ. فَإِنْ قِيلَ: فَلِمَ لَمْ
يَسْتَحِقَّ بغيرِ يَمِينٍ، لَكَوْنِ الْبَيْنَيْنِ الْمُسْتَحِقِّينَ مُعْتَرِفِينَ لَهُ بِذَلِكَ، فَيَكْتَفَى بِاعْتِرَافِهِمْ، كَمَا
لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ فَاعْتَرَفُوا لِصَغِيرٍ مِنْهَا بِشَيْءٍ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى وَلِيِّهِ؟ قُلْنَا: الْفَرْقُ
بَيْنَهُمَا أَنَّ الدَّارَ الَّتِي فِي أَيْدِيهِمْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا مُنَازِعَةٌ، وَلَا يُوجِبُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ فِيهَا يَمِينٌ،
وَهَذِهِ يُنَازِعُهُمْ فِيهَا الْأَبْوَانُ، وَأَصْحَابُ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَهَا بِأَيْمَانِهِمْ، فَإِذَا
أَقْرَأُوا بِمُشَارِكِهِمْ، فَقَدْ اعْتَرَفُوا بِأَنَّهُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ، لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِيَمِينِهِ، كَمَا لَا يَسْتَحِقُّ
وَاحِدٌ مِنْهُمْ إِلَّا بِالْيَمِينِ. وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا عَلَى بَطْنٍ بَعْدَ بَطْنٍ، فَإِنَّهُ لَا يُشَارِكُهُمْ
أَحَدٌ مِنَ الْبَطْنِ الثَّانِي. فَإِذَا بَلَغَ الصَّغِيرُ الْمَوْقُوفَ نَصِيْبُهُ، فَحَلَفَ، كَانَ لَهُ، وَإِنْ امْتَنَعَ
نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَ ^(٢٣) مَوْجُودًا حِينَ الدَّعْوَى، أَوْ قَبْلَ حَلْفِهِمْ، كَانَ نَصِيْبُهُ مِيرَاثًا، كَمَا لَوْ
كَانَ بِالْعَمَاءِ، فَامْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ، فَإِذَا ^(٢٤) حَدَثَ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ وَثُبُوتِ الْوَقْفِ نَمَاءً، كَانَ لَهُ
نَصِيْبُهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ بِأَيْمَانِ الْبَيْنَيْنِ، فَلَا يَبْطُلُ بِامْتِنَاعٍ مِنْ حَدَثٍ،
إِلَّا أَنَّهُ إِنْ أَقْرَأَتْهَا لَيْسَتْ وَقْفًا، وَكَذَّبَ الْبَيْنَيْنِ فِي ذَلِكَ، كَانَ نَصِيْبُهُ مِنَ الْعَلَّةِ مِيرَاثًا، حُكْمُهُ
حُكْمُ ^(٢٥) نَمَاءِ الْمِيرَاثِ، وَإِنْ لَمْ يُكْذِّبْهُمْ، فَنَصِيْبُهُ وَقَفٌ لَهُ. وَقَالَ الْقَاضِي: إِنْ امْتَنَعَ مِنَ
الْيَمِينِ، رُدَّ نَصِيْبُهُ إِلَى الْأَوْلَادِ الثَّلَاثَةِ، وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ مَنْ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الدَّعْوَى وَالْحَادِثِ / ١٠١/١١ و
بَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا بغيرِ يَمِينِهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ الثَّابِتُ
بأَيْمَانِهِمْ، فَتَعَيَّنَ رُدُّ نَصِيْبِهِ إِلَيْهِمْ. وَلَنَا، أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الدَّعْوَى وَحَلْفِهِمْ،
فَهُوَ شَرِيكُهُمْ حِينَ يَثْبُتُ الْوَقْفُ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَثْبُتَ الْوَقْفُ فِي نَصِيْبِهِ بغيرِ يَمِينِهِ،
كَالْبَالِغِ، وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ ثُبُوتِ الْوَقْفِ بِأَيْمَانِهِمْ، فَهُمْ مُقَرُّونَ لَهُ بِالْمَالِ، وَلَا تُهْمُ يَقْرُونُ

(٢٢) فِي أ، ب، م: « وَقَف » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْل .

(٢٤) فِي أ: « فَإِنْ ». وَفِي ب: « وَإِنْ » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ: أ .

بأنهم لَا يَسْتَحِقُّونَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْوَقْفِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُمْ أَخْذُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ مَاتَ الصَّغِيرُ قَبْلَ بُلُوغِهِ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، فِيمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْبَنَيْنِ الْبَالِغَيْنِ قَبْلَ بُلُوغِ الصَّغِيرِ ، وَقَفَ أَيْضًا نَصِيبُهُ مِمَّا كَانَ لِعَمَّةِ الْمَيِّتِ ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ ، كَالْحُكْمِ ^(٢٦) فِي نَصِيبِهِ الْأَصْلِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ بَلَغَ فَاِمْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ ، فَالرُّبْعُ مَوْقُوفٌ إِلَى حِينَ مَوْتِ الثَّالِثِ ، وَيُقَسَّمُ عَلَيْهِ ^(٢٧) بَيْنَ الْبَالِغَيْنِ وَوَرِثَةِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ ، وَنَصِيبِهِ ^(٢٨) مِنَ الْمَيِّتِ لِلْبَالِغَيْنِ الْحَيَّيْنِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُمَا مُسْتَحِقَّاهُ الْوَقْفِ .

١٩١٢ - مسألة ؛ قَالَ : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى ، وَذَكَرَ أَنَّ بَيِّنَتَهُ بِالْبُعْدِ مِنْهُ ، فَحَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَحْضَرَ الْمُدَّعَى بَيِّنَتَهُ ، حُكِمَ بِهَا ، وَلَمْ تُكِنْ الْيَمِينُ مُزِيلَةً لِلْحَقِّ)

وجملته أَنَّ الْمُدَّعَى إِذَا ذَكَرَ أَنَّ بَيِّنَتَهُ بَعِيدَةٌ مِنْهُ ، أَوْ لَا يُمْكِنُهُ إِحْضَارُهَا ، ^(١) أَوْ لَا يُرِيدُ إِقَامَتَهَا ، فَطَلَبَ الْيَمِينِ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، أُحْلِفَ لَهُ ، فَإِذَا حَلَفَ ، ثُمَّ أَحْضَرَ الْمُدَّعَى بَيِّنَتَهُ ، حُكِمَ لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَاللَّيْثِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَإِسْحَاقُ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَدَاوُدَ ، أَنَّ بَيِّنَتَهُ لَا تُسْمَعُ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَلَا تُسْمَعُ بَعْدَهَا حُجَّةُ الْمُدَّعَى ، كَمَا لَا تُسْمَعُ يَمِينُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى . وَلَنَا ، قَوْلُ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْبَيِّنَةُ / الصَّادِقَةُ ، ^{١٠١/١١} ظ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ ^(٢) . وَظَاهِرُ هَذِهِ الْبَيِّنَةِ الصَّدْقُ ، وَيَلْزَمُ مِنْ صِدْقِهَا فَجُورُ الْيَمِينِ الْمُتَقَدِّمَةِ ، فَتَكُونُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ كُلَّ حَالَةٍ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَقُّ فِيهَا بِإِقْرَارِهِ ، يَجِبُ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ ، كَمَا قَبَلَ الْيَمِينِ ، وَمَا ذَكَرَاهُ ^(٣) لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الْأَصْلَ ، وَالْيَمِينَ بَدَلٌ عَنْهَا .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : ١ ، م .

(٢٨) ٢٨-٢٨ سقط من : ١ .

(١-١) في ب : « ولا » .

(٢) ذكره وكيع ، عن شريح وليس عن عمر ، في أخبار القضاة ٣٤٢/٢ .

(٣) في ب : « ذكرناه » . وفي م : « ذكروه » .

ولهذا لا تُشرع إلا عند تعدُّرها ، والبَدَلُ يُنطَلُّ بالقُدرة على المُبدَل ، كبُطْلانِ التَّيَمُّمِ بالقُدرة على الماء ، ولا يُنطَلُّ الأَصْلُ بالقُدرة على البَدَل ، وبَدَلٌ على الفَرْقِ بينهما ، أنَّهما حالُ اجتماعهما ، وإمكانِ سَماعِهما ، تُسَمَعُ البَيِّنَةُ ، ويُحَكَّمُ بها ، ولا تُسَمَعُ الِیَمِینُ ، ولا يُسألُ عنها .

فصل : وإن طَلَبَ المُدَّعی حَبْسَ المُدَّعی علیه ، أو إقامَةَ كَفِیلٍ به إلى أن تَحضُرَ بَیِّنَتُهُ البَعیدَةُ ، لم یُقبَلْ منه ، ولم یَكُنْ له مُلَازِمَةٌ خَصْمِهِ . نَصَّ علیه أَحْمَدُ ؛ لأنَّه لم یَثْبُتْ له قَبْلَهُ حَقٌّ یُحْبَسُ به ، ولا یُقیَمُ به كَفِیلاً ، ولأنَّ الحَبْسَ عَذَابٌ ، فلا یلْزَمُ مَعْصُوماً لم یَتَوَجَّهْ علیه حَقٌّ ، ولأنَّه لو جازَ ذلك ، لَتَمَكَّنَ كُلُّ ظالِمٍ من حَبْسِ مَنْ شاءَ من النَّاسِ بِغَیْرِ حَقٍّ . وإن کانت بَیِّنَتُهُ قَرِیْبَةً ، فله مُلَازِمَتُهُ حتى یُحضِرَها ؛ لأنَّ ذلك مِنْ ضَرُورَةِ إقامَتِها ، فإنَّه لو لم یَتَمَكَّنْ مِنْ مُلَازِمَتِهِ ، لَذَهَبَ مِنْ مَجْلِسِ الحاکِمِ ، ولا تُمكنُ إقامَتُها إلا بِحَضَرَتِهِ ، ولأنَّه لما تَمَكَّنَ مِنْ إحضارِهِ مَجْلِسَ الحاکِمِ لِیُقیَمَ البَیِّنَةُ علیه ، تَمَكَّنَ مِنْ مُلَازِمَتِهِ فيه حتى تَحضُرَ البَیِّنَةُ . وتُفَارِقُ البَیِّنَةُ البَعیدَةَ ، أو مَنْ لا یَمْکِنُ حُضُورُها ، فإنَّ إلْزامَهُ الإقامَةَ إلى حینِ حُضُورِها یَحْتَاجُ إلى حَبْسٍ ، أو ما یَقُومُ مَقامَهُ ، ولا سَبیلَ إلیهِ .

فصل : ولو أقامَ المُدَّعی شَاهِداً واحداً ، ولم یَحْلِفْ معه ، وطلَبَ یَمِینَ المُدَّعی علیه ، / أُحْلِفَ له ، ثم إن^(٤) أَحضَرَ شَاهِداً آخَرَ بَعْدَ ذلك ، كَمَلَتْ بَیِّنَتُهُ ، وقُضِيَ بها ؛ ۱۰۲/۱۱ و لما ذكرنا في التي قبلها . وإن قال المُدَّعی : لی بَیِّنَةٌ حاضِرَةٌ ، وأريدُ إخلافَ المُدَّعی علیه ، ثم أُقِيمَ البَیِّنَةُ علیه ، ففيهِ وَجْهان ؛ أحدهما ، له ذلك ، وَیَسْتَحْلِفُ خَصْمَهُ ؛ لأنَّه یَمْلِكُ اسْتِخْلَافَهُ إذا كانت بَیِّنَتُهُ بَعیدَةً ، فكذلك إذا كانت قَرِیْبَةً ؛ ولأنَّه لو قال : لا أريدُ إقامة بَیِّنَتِي القَرِیْبَةِ . مَلَكَ اسْتِخْلَافَهُ ، فكذلك إذا أرادَ إقامَتَها . الثاني ، لا یَمْلِكُ اسْتِخْلَافَهُ ؛ لأنَّ فی البَیِّنَةِ غُنیَّةٌ عن الِیَمِینِ ، فلم تُشرعْ معها ؛ ولأنَّ البَیِّنَةَ أَصْلٌ ، والِیَمِینَ بَدَلٌ ، فلا یُجْمَعُ بَیْنَ البَدَلِ والأَصْلِ ، كالتَّيَمُّمِ مع الماءِ . وفارَقَ البَعیدَةَ ، فإنَّها فی الحالِ كالمُعْدُومَةِ لِلْعَجْزِ عنها ، وكذلك التي لا یريدُ إقامَتَها ؛ لأنَّه قد تكونُ علیه مَشَقَّةٌ فی إحضارِها ، أو علیه فی الحضورِ مَشَقَّةٌ ، فیسقطُ ذلكَ للمَشَقَّةِ ، بخلافِ التي یريدُ إقامَتَها .

(٤) سقط من : ب .

١٩١٣ - مسألة ؛ قال : (وَالْيَمِينُ الَّتِي يَرَاهَا الْمَطْلُوبُ ، هِيَ ^(١) الْيَمِينُ بِاللَّهِ ،
وَإِنْ كَانَ الْحَالِفُ كَافِرًا)

وجملته ، أنَّ اليمِينَ المَشْرُوعَةَ فِي الْحُقُوقِ الَّتِي يَبْرَأُ بِهَا الْمَطْلُوبُ ، هِيَ الْيَمِينُ بِاللَّهِ
تعالى . فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا أَحَبَّ أَنْ يَحْلِفَ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، وَإِنْ
اسْتَحْلَفَ حَاكِمٌ بِاللَّهِ ، أَجْزَأُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : هَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَوَى ، أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَحْلَفَ رَجُلًا ، فَقَالَ لَهُ : « قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، مَا لَهُ عِنْدَكَ
شَيْءٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَفِي حَدِيثِ عُمَرَ ، حِينَ حَلَفَ لِأَبِي ، قَالَ ^(٣) : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا
هُوَ ، إِنْ النَّخْلُ لَنَحْلِي ، وَمَا لِأَبِي فِيهَا شَيْءٌ ^(٤) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ الْمُدْعَى
قِصَاصًا ، أَوْ عِتَاقًا ، أَوْ حَدًّا ، أَوْ مَا لَا يَبْلُغُ نَصَابًا غُلْظَتِ الْيَمِينُ ، فَيَحْلِفُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ
إِلَّا هُوَ ، عَالِمٌ / الْعَيْبِ وَالشَّهَادَةِ ، الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ
الْعَلَانِيَةِ . وَقَالَ فِي الْقَسَامَةِ : عَالِمٌ خَائِنَةُ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي
الْحَطَّابِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ هَذَا فِي أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ خَاصَّةً ^(٥) ، وَلَيْسَ بِشَرْطٍ . وَلَنَا ، قَوْلُ
اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَخْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْوَلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ
ثَمَنًا ﴾ ^(٦) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدْتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهِدَتَيْهِمَا ﴾ ^(٧) . وَقَالَ
تَعَالَى فِي اللَّعَانِ : ﴿ فَشَهِدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ ^(٨) . وَقَالَ
تَعَالَى : ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَنِهِمْ ﴾ ^(٩) . قَالَ بَعْضُ أَهْلِ التَّفْسِيرِ : مَنْ أَقْسَمَ بِاللَّهِ ،
فَقَدْ أَقْسَمَ جَهْدَ الْيَمِينِ . وَاسْتَحْلَفَ النَّبِيُّ ﷺ رُكَّانَةَ بْنَ عَبْدِ يَزِيدَ فِي الطَّلَاقِ ، فَقَالَ :

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : باب كيف اليمين ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٩/٢ ، ٢٨٠ .

(٣) تقدم ترجمته ، في : ٤٤٢/١٣ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سورة المائدة ١٠٦ .

(٦) سورة المائدة ١٠٧ .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٥٣ .

« اللَّهُ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً »^(٩). وفي حديث الحَضْرَمِيِّ والكِنْدِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « أَلَا بَيِّنَةٌ ؟ » . قال : لا ، ولكن أُحْلِفُهُ ، وَاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِي غَضَبِيهَا . رواه أبو داود^(١٠) . وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه^(١١) . ولأن في الله^(١٢) كفاية ، فوجب أن يُكْتَفَى بِاسْمِهِ فِي الْيَمِينِ ، كالمَوْضِعِ الَّذِي سَلَّمُوهُ . فأما حديث ابن عباس وعمر ، فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك ، وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده ، وما ذكره الباقر فتحكم لائص فيه ، ولا قياس يقتضيه . إذا ثبت هذا ، فإنَّ الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ جَمِيعًا بِاللَّهِ تَعَالَى ، لَا يَحْلِفُ أَحَدٌ بِغَيْرِهِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾ . ولقول النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ حَالِفًا ، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْنُمْتُ »^(١٣) .

فصل : وتُشْرَعُ الْيَمِينُ فِي حَقِّ كُلِّ مُدَّعِي عَلَيْهِ ، سواء كان مُسْلِمًا أو كَافِرًا ، عَدْلًا أو فَاسِقًا ، امرأة أو رجلاً ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(١٤) . وروى شقيق ، عن الأشعث بن قيس ، / قال : كان بيني وبين رجل من اليهود أرض ، فجحدني ، فقدمته إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقال لي رسول الله ﷺ : « هَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ ؟ » . قلت : لا . قال لليهودي : « اَحْلِفْ » . قلت : إذا يحلف ، فيذهب بمالي . فأنزل الله عز وجل : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾^(١٥) . إلى آخر الآية . رواه البخاري وأبو داود وابن ماجه^(١٦) . وفي حديث الحَضْرَمِيِّ ، قلت : إنَّه رجل فاجر ،

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٤/١٠ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(١١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب الغيب في الرقيق ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٣/٢ . والبيهقي ، في : باب بيع البراءة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٢٨/٥٠ . وعبد الرزاق ، في : باب البيع بالبراءة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٦٢/٨ ، ١٦٣ .

(١٢) في ١ : « ذلك » .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٦/١١ .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ .

(١٥) سورة آل عمران ٧٧ .

(١٦) أخرجه البخاري ، في : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب سؤال الحاكم =

لا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . قَالَ : « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ ^(١٧) إِلَّا ذَلِكَ » .

١٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَهُودِيًّا ، قِيلَ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ
التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى . وَإِنْ كَانَ نَصْرَانِيًّا ، قِيلَ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى
عِيسَى . وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَوَاضِعُ يُعْظَمُونَهَا ، وَيَتَوَقَّونَ ^(١) أَنْ يَخْلِفُوا فِيهَا كَاذِبِينَ ، خَلَفُوا
فِيهَا)

ظاهر كلام الخرقى ، رحمه الله ، أَنَّ اليمينَ لا تُغْلَظُ إِلَّا فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، ولا تُغْلَظُ فِي
حَقِّ الْمُسْلِمِينَ . ونحو هذا قال أبو بكر . ووجهُ تَغْلِيظِهَا فِي حَقِّهِمْ ، ما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ،
قال : قال رسول الله ﷺ - يَعْنِي لِلْيَهُودِ ^(٢) - : « نَشَدْتُكُمْ بِاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ التَّوْرَةَ عَلَى
مُوسَى ، مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ عَلَى مَنْ زَنَى ؟ » . رواه أبو داود ^(٣) . وكذلك قال
الخرقى : تُغْلَظُ بِالْمَكَانِ ، فَيُحْلَفُ فِي ^(٤) الْمَوَاضِعِ الَّتِي يُعْظَمُهَا ، وَيَتَوَقَّى الْكَذِبَ فِيهَا . ولم
يذكرِ التَّغْلِيظَ بِالزَّمَانِ . وقال أبو الحطَّاب : إِنْ رَأَى التَّغْلِيظُ فِي الْيَمِينِ فِي اللَّفْظِ بِالزَّمَانِ
وَالْمَكَانِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . قال : وقد أُوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وذكرِ التَّغْلِيظَ فِي حَقِّ
الْمَجُوسِيِّ ، قال : فيقالُ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي خَلَقَنِي وَرَزَقَنِي . وَإِنْ كَانَ وَثْنِيًّا / حَلَفَهُ بِاللَّهِ
وَحْدَهُ . وكذلك إِنْ كَانَ يَعْبُدُ اللَّهَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُحْلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :

=المدعى : هل لك بينة قبل اليمين ، من كتاب الشهادات . صحيح البخارى ١٥٩/٣ ، ١٦٠ ، ٢٣٢ . وأبو داود ،
في : باب في من حلف يميناً يقطع بها مالا لأحد ، من كتاب النذور والأيمان . سنن أبي داود ١٩٧/٢ . وابن ماجه ، في :
باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ .
كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في اليمين الفاجرة يقطع بها مال المسلم ، من أبواب البيوع ، وفي : باب سورة آل
عمران ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢٧١/٥ ، ١٢٢/١١ ، ١٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
٤٢٦ ، ٣٧٩/١ .

(١٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(١) في الأصل : « ويتقون » .

(٢) في ب : « اليهود » .

(٣) في : باب رجم اليهوديين ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٦٥/٢ ، ٤٦٦ .

وتقدم تخريجه ، عن ابن عمر ، في : ٣٦٤/١٢ .

(٤-٤) في الأصل : « الموضع التي يعلمها » . وفي ١ : « المكان التي يعظمها » .

« مَنْ كَانَ حَالِفًا ، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ ، أَوْ لِيَصْنُمْتُ »^(٥) . ولأن هذا^(٦) إن لم يكن^(٦) يَتَعَدُّ هَذِهِ عَيْنًا ، فَإِنَّهُ يَزِيدُ أَذْهَابَهَا إِيثْمًا وَعُقُوبَةً ، وَرَبَّمَا عَجَلْتَ عُقُوبَتَهُ ، فَيَتَعَطَّ بِذَلِكَ ، وَيَعْتَبِرُ بِهِ غَيْرُهُ . وَهَذَا كُلُّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْيَمِينِ ، وَإِنَّمَا لِلْحَاكِمِ فِعْلُهُ إِذَا رَأَى . وَمِمَّنْ قَالَ : يَسْتَحْلِفُ أَهْلَ الْكِتَابِ بِاللَّهِ وَحْدَهُ . مَسْرُوقٌ ، وَأَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ^(٧) ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ كَعْبٍ بْنُ سُورٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَمِمَّنْ قَالَ : لَا يُشْرَعُ التَّغْلِيطُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فِي حَقِّ مُسْلِمٍ . أَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبَاهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : تُغْلَظُ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ؛ فَقَالَ مَالِكٌ : يُحْلَفُ فِي الْمَدِينَةِ عَلَى مَنِيرٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَيُحْلَفُ قَائِمًا ، وَلَا يُحْلَفُ قَائِمًا إِلَّا عَلَى مَنِيرٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَيُسْتَحْلَفُونَ فِي غَيْرِ الْمَدِينَةِ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ ، وَلَا يُحْلَفُ عِنْدَ الْمَنِيرِ إِلَّا عَلَى مَا يُقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ فَصَاعِدًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ دِرَاهِمٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُسْتَحْلَفُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ بِمَكَّةَ ، وَفِي الْمَدِينَةِ عِنْدَ مَنِيرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفِي سَائِرِ الْبُلْدَانِ فِي الْجَوَامِعِ عِنْدَ الْمَنِيرِ ، وَعِنْدَ الصَّخْرَةِ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ ، وَتُغْلَظُ فِي الزَّمَانِ فِي الْأَسْتِحْلَافِ بَعْدَ الْعَصْرِ ، وَلَا تُغْلَظُ فِي الْمَالِ إِلَّا فِي نَصَابٍ فَصَاعِدًا ، وَتُغْلَظُ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي الْحَطَّابِ . وَقَالَ ابْنُ جَرِيرٍ : تُغْلَظُ فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . وَاخْتَجُّوا بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَحْسَبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾^(٨) . قِيلَ : أَرَادَ بَعْدَ الْعَصْرِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى مَنِيرِي هَذَا / يَمِينٍ آثِمَةٍ ، فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ »^(٩) . فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ تَأْكِيدُ الْيَمِينِ . وَرَوَى مَالِكٌ ، قَالَ : اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ

(٥) تقدم ترجمته ، في : ٦ / ١١ .

(٦-٦) سقط من : ب .

(٧) أبو عبيدة عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلي الكوفي ، ويقال : اسمه كنيته ، تابعي ، ثقة ، فقد ليلة دجيل ، وكانت سنة إحدى وثمانين . وقيل : سنة اثنتين وثمانين . تهذيب التهذيب ٧٥ / ٥ ، ٧٦ .

(٨) سورة المائدة ١٠٦ .

(٩) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منير النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان . سنن أبي داود ١٩٨ / ٢ . وابن ماجه ، في : باب اليمين عند مقاطع الحقوق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٩ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحنث على منير النبي ﷺ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٧ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥١٨ ، ٣٢٩ / ٢ .

ثابت وابن مطيع، في دار كانت بينهما، إلى مروان بن الحكم، فقال زيد: أخلف له مكاني . فقال مروان: لا والله، إلا عند مقاطع الحقوق . قال: فجعل زيد يخلف أن حقه لحق، ويأبى أن يخلف عند المنبر، فجعل مروان يعجب^(١٠). ولنا، قول الله تعالى: ﴿فَأَخْرَجَ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولَئِينَ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدْتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهِدَتِيهِمَا﴾^(١١). ولم يذكر مكاناً ولا زمناً، ولا زيادة في اللفظ . واستخلف النبي ﷺ رُكَّانَةً فِي الطَّلَاقِ، فقال: «الله ما أردت إلا واحدة؟». قال: الله ما أردت إلا واحدة^(١٢). ولم يُغلظ يمينه بزمان، ولا مكان، ولا زيادة لفظ، وسائر ما ذكرنا في التي قبلها . وحلف عمر لأبي حين تحاكم إلى زيد في مكانه، وكانا في بيت زيد^(١٣). وقال عثمان لابن عمر: تخلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه^(١٤)؟ وفيما ذكره^(١٥) تقييداً لمطلق هذه النصوص، ومخالفة الإجماع . فإن ما ذكرنا عن الخلفيتين عمر وعثمان، مع من حضرهما، لم يُنكر، وهو في^(١٦) محل الشهرة، فكان إجماعاً . وقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْصَّلَاةِ﴾^(١٧) . إنما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر، وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع؛ منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها استخلاف الشاهدين، ومنها استخلاف خصومهما عند العُثور على استحقاتهما الإثم، وهم لا يعملون^(١٨) بها أصلاً، فكيف يحتجون بها؟ ولما ذكر أيمان

(١٠) أورده الإمام مالك، في: باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٢٢٨ . وانظر ما أورده البخاري، في: باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ٣/٢٣٤ .

(١١) سورة المائدة ١٠٧ .

(١٢) تقدم تخرجه، في: ٣٦٤/١٠ .

(١٣) تقدم تخرجه، في: ٤٤٢/١٣ .

(١٤) سقط من: م . وتقدم تخرجه، في: صفحة ٢٢٣ .

(١٥) في الأصل: «ذكره» .

(١٦) سقط من: ب .

(١٧) في الأصل، أ، م: «وإنما» .

(١٨) في النسخ: «يعلمون» .

المسلمين أُلْطِقَ الْيَمِينَ ، ولم يُقَيِّدْهَا . وَالْاِحْتِجَاجُ بِهَذَا^(١٩) أَوَّلَى مِنَ الْمَصِيرِ إِلَى مَا خُولِفَ فِيهِ الْقِيَاسُ^(٢٠) وَتُرِكَ الْعَمَلُ بِهِ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، / فليس فيه دليل على مَشْرُوعِيَّةِ الْيَمِينِ عِنْدَ ١٠٤/١١ ظ الْمُنْبِرِ ، إِنَّمَا فِيهِ تَغْلِيظُ الْإِثْمِ^(٢١) عَلَى الْحَالِفِ عِنْدَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا الِاسْتِحْلَافُ عِنْدَهُ . وَأَمَّا قِصَّةُ مَرْوَانَ ، فَمِنْ الْعَجَبِ اِحْتِجَاجُهُمْ بِهَا ، وَذَهَابُهُمْ إِلَى قَوْلِ مَرْوَانَ فِي قَضِيَّةٍ خَالَفَهُ زَيْدٌ فِيهَا ، وَقَوْلُ زَيْدٍ ، فَقِيهِ الصَّحَابَةِ وَقَاضِيهِمْ وَأَقْرَبِهِمْ ، أَحَقُّ أَنْ يُحْتَجَّ بِهِ مِنْ قَوْلِ مَرْوَانَ ؛ فَإِنَّ قَوْلَ مَرْوَانَ لَوْ انْفَرَدَ ، مَا جَازَ الْاِحْتِجَاجُ بِهِ ، فَكَيْفَ يَجُوزُ الْاِحْتِجَاجُ بِهِ عَلَى مُخَالَفَةِ إِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ، وَقَوْلِ أَئِمَّتِهِمْ وَفُقَهَائِهِمْ^(٢٢) ، وَمُخَالَفَتِهِ فِعْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَإِطْلَاقِ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ؟ وَهَذَا مَا لَا يَجُوزُ . وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ التَّغْلِيظَ بِالْمَكَانِ وَاللَّفْظِ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ ، لِاسْتِحْلَافِ النَّبِيِّ ﷺ الْيَهُودَ ، بِقَوْلِهِ : « نَشَدْتُكُمْ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى » . وَلِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى فِي حَقِّ الْكِتَابِيِّينَ : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾ . وَلَا أَنَّهُ رَوَى عَنْ كَعْبِ بْنِ سُوَيْرٍ ، فِي نَصْرَانِيٍّ قَالَ : اذْهَبُوا إِلَى الْمَذْبَحِ ، وَاجْعَلُوا الْإِنْجِيلَ فِي حِجْرِهِ ، وَالتَّوْرَةَ عَلَى رَأْسِهِ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ فِي نَصْرَانِيٍّ : اذْهَبْ بِهِ إِلَى الْبَيْعَةِ ، فَاسْتَحْلَفْهُ بِمَا يُسْتَحْلَفُ بِهِ مِثْلُهُ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُ حُجَّةً تُوجِبُ أَنْ يُسْتَحْلَفَ فِي مَكَانٍ بَعَيْنِهِ ، وَلَا يَمِينٍ غَيْرَ^(٢٣) الَّذِي يُسْتَحْلَفُ^(٢٤) بِهَا الْمُسْلِمُونَ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّ التَّغْلِيظَ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَالْأَلْفَاظِ غَيْرُ وَاجِبٍ ، إِلَّا أَنَّ ابْنَ الصَّبَّاحِ ذَكَرَ أَنَّ فِي وُجُوبِ التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ قَوْلَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ . وَخَالَفَهُ ابْنُ الْقَاصِّ ، فَقَالَ : لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّ الْقَاضِيَ حَيْثُ اسْتَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي عَمَلِهِ وَبِلَدِ قَضَائِهِ^(٢٥) ، جَازٌ ، وَإِنَّمَا التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ فِيهِ اخْتِيَارٌ . فَيَكُونُ التَّغْلِيظُ عِنْدَ مَنْ رَأَاهُ اخْتِيَارًا وَاسْتِحْسَانًا .

فصل : قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَمْ نَجِدْ أَحَدًا يُوجِبُ الْيَمِينَ بِالْمُصْحَفِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ :

رَأَيْتُهُمْ يُؤَكِّدُونَ بِالْمُصْحَفِ ، وَرَأَيْتُ ابْنَ مَازِينَ ، وَهُوَ / قَاضٍ بِصَنْعَاءَ ، يُغْلِظُ الْيَمِينَ ١٠٥/١١

(١٩) فِي ب : « بَهَا » .

(٢٠) فِي ب : « بِالْقِيَاسِ » .

(٢١) فِي م : « الْيَمِينَ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٣-٢٢) فِي أ : « الْمُسْتَحْلَفُ » .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « قَضَايَاهُ » .

بالمُصَحِّفِ . قال أصحابه : فَيُعْلَظُ عَلَيْهِ بِإِخْضَارِ الْمُصَحِّفِ ؛ لِأَنَّهُ يَشْتِمِلُ عَلَى كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَأَسْمَائِهِ . وَهَذَا زِيَادَةٌ عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْيَمِينِ ، وَفَعَلَهُ ^(٢٥) الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ ^(٢٦) وَقُضَائِهِمْ ، مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ وَلَا حُجَّةٍ يُسْتَنَدُّ إِلَيْهَا ، وَلَا يُتْرَكُ فِعْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابِهِ ^(٢٧) لِفِعْلِ ابْنِ مَازِنٍ وَلَا غَيْرِهِ .

١٩١٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَخْلِفُ الرَّجُلُ فِيمَا عَلَيْهِ عَلَى الْبَتِّ . وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ ^(١) عَلَى دَيْنِ الْمَيِّتِ عَلَى الْعِلْمِ)

معنى البتِّ : القطعُ . أَيْ يَخْلِفُ بِاللَّهِ مَا لَهُ عَلَى شَيْءٍ . وَجَمَلَةُ الْأَمْرِ أَنَّ الْإِيمَانَ كُلَّهَا عَلَى الْبَتِّ وَالْقَطْعِ ، إِلَّا عَلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ ، فَإِنَّهَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْجِيُّ : كُلُّهَا عَلَى الْعِلْمِ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . وَذَكَرَ أَحْمَدُ حَدِيثَ الشَّيْبَانِيِّ ، عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَضْطَرُّوا النَّاسَ فِي أَيْمَانِهِمْ أَنْ يَخْلِفُوا عَلَى مَا لَا يَعْلَمُونَ » ^(٢) . وَلَأَنَّهُ لَا يُكَلِّفُ مَا لَا عِلْمَ لَهُ بِهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : كُلُّهَا عَلَى الْبَتِّ ، كَمَا يَخْلِفُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَحْلَفَ رَجُلًا فَقَالَ لَهُ : « قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، مَا لَهُ عَلَيْكَ حَقٌّ » ^(٣) . وَرَوَى ^(٤) الْأَشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ كِنْدَةَ ، وَرَجُلًا مِنْ حَضْرَمَوْتٍ ، اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فِي أَرْضٍ مِنَ الْيَمَنِ ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنْ أَرْضِي اغْتَصَبْنِيهَا أَبُو هَذَا ، وَهِيَ فِي يَدِهِ . فَقَالَ : « هَلْ لَكَ بَيْنَهُ ؟ » . قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ ، أَحْلَفَهُ وَاللَّهُ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِي اغْتَصَبْنِيهَا ^(٥) أَبُوهُ . فَتَهَيَّأَ الْكِنْدِيُّ لِلْيَمِينِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٦) . وَلَمْ يُنَكِّرْ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ ^(٧) الْإِحَاطَةُ بِفِعْلِ

(٢٥) أى : وعلى ما فعله الخلفاء .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(١) فى الأصل : « للوارث » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العيّن بما يصدقك صاحبك ... ، من كتاب الأيمان والنذور . المصنف ٤٩٤/٨ .

(٣) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٢٢٢ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) فى الأصل ، ١ : « اغتصبها » .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٣٢ .

(٧) فى ١ : « عليه » .

نفسه ، ولا يُمكنه ذلك في فعل غيره ، فافترقا في اليمين ، كما افترقَت الشهادة ، فإنَّها / تكونُ بالقطع فيما يُمكنُ القطعُ فيه من العقود ، وعلى الظنِّ فيما لا يُمكنُ فيه القطعُ من الأملاك والأنساب ، وعلى نفي العلم فيما لا تُمكنُ الإحاطةُ بآتِياتِه ، كالشهادة على أنَّه لا وارث له غيرُ فلانٍ وفلانٍ . وحديثُ القاسمِ بنِ عبدِ الرحمن ، محمولٌ على اليمين على نفي فعل الغير . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه يَحْلِفُ فيما عليه على البتِّ ، نفيًا كان أو إثباتًا . وأمَّا ما يتعلقُ بفعلِ غيره ، فإن كان إثباتًا ، ^(٨) مثل أن يدَّعى أنَّه أقرَّ أو باعَ ، ويُقيمُ شاهدًا بذلك ، فإنَّه يَحْلِفُ مع شاهده على البتِّ والقطع . وإن كان على نفي العلم ^(٩) ، مثل أن يدَّعى عليه دينٌ أو غصبٌ أو جنايةٌ أو خيانةٌ ^(١٠) ، فإنَّه يَحْلِفُ على نفي العلم ، لا غير . وإن حلفَ عليه على البتِّ كفاؤه ، وكان التَّقْدِيرُ فيه العلم ، كما في الشَّاهِدِ إذا شهدَ بَعْدَ الوَرثة ، وقال : ليس له وارثٌ غيرهم . سُمِعَ ذلك ، وكان التَّقْدِيرُ فيه عِلْمُه . ولو ادَّعى عليه أن عبده جنى أو استدان ، فأنكرَ ذلك ، فَيَمِينُهُ على نفي العلم ؛ لأنَّها يَمِينٌ على نفي فعل الغير ، فأشبهتْ يَمِينَ الوارثِ على نفي الموروث .

فصل : قال ابنُ أبي موسى : اختلف قولُ أحمد ، في مَنْ باعَ سِلعةً ، فظَهَرَ المُشْتَرِي على غَيْبِها ، وأنكره البائع ، هل اليمينُ على البتِّ أو على عِلْمِه ؟ على روايتين . ولو أبقَى عَبْدُ المُشْتَرِي ، فادَّعى على البائع أنَّه أبقَى عنده ، فأنكرَ ، هل يلزمُه أن يَحْلِفَ أنَّه لم يَأْبُقْ قَطُّ ، أو على نفي عِلْمِه ؟ على روايتين ، إلَّا أن يكونَ ولده ، ^(١١) فيلزمُه أن يَحْلِفَ ^(١٢) أنَّه لم يَأْبُقْ قَطُّ . ووجهُ كونِ اليمينِ على ^(١٣) عِلْمِه ، أنَّها على نفي فعل الغير ، فأشبهَ ما لو ادَّعى عليه أن عبده جنى . ووجهُ الأخرى ، أنَّه إذا ^(١٤) ادَّعى عليه أنَّه باعه مَعِيًّا ، يَسْتَحِقُّ به رَدَّه عليه ، فلزِمَتْه اليمينُ على البتِّ ، كما لو كان إثباتًا .

فصل : ومن توجَّهَتْ عليه يَمِينٌ هو فيها صادق ، أو توجَّهَتْ له ، أبيعَ له الحَلِفُ ،

(٨-٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠-١٠) في م : « فيحلف » .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

ولا شيء / عليه من إثم ولا غيره ؛ لأن الله تعالى شرع اليمين ، ولا يشترع محرماً . وقد أمر الله تعالى نبيه ، عليه السلام ، أن يُقسم على الحق ، في ثلاثة مواضع من كتابه . وحلف عمر لأبي على تخيل ، ثم وهبه له ، وقال : خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم ، فتصير سنة^(١٣) . قال حنبل : بلى أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء إليه ابن عمه ، فقال : لي قبلك حق من ميراث أبي ، وأطالك بالقاضي ، وأحلفك . فقيل لأبي عبد الله : ما ترى ؟ قال : أحلف له ، إذ لم يكن له قبلي حق ، وأنا غير شاك في ذلك ، حلفت له ، وكيف لأحلف ، وعمر^(١٤) قد حلف ، وأنا من أنا ؟ وعزم أبو عبد الله على اليمين ، فكفاه الله ذلك ، ورجع الغلام عن تلك المطالبة . واختلف في الأولى ، فقال قوم : الحلف أولى من افتداء يمينه ؛ لأن عمر حلف ؛ ولأن في الحلف فائدتين ؛ إحداهما ، حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته^(١٥) . والثانية ، تخلص أخيه الظالم من ظلمه ، وأكل المال بغير حقه ، وهذا من نصيحته ونصرتة بكفه عن ظلمه^(١٦) ، وقد أشار النبي ﷺ على رجل أن يحلف ويأخذ حقه^(١٧) . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ؛ فإن عثمان أفدى يمينه ، وقال : خفت أن تُصادف قدراً ، فيقال : حلف فعوقب ، أو هذا شوم يمينه^(١٨) . وروى الخلال ، بإسناده ، أن حذيفة عرف جملًا سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين ، فصارت اليمين على حذيفة ، فقال : لك عشرة دراهم . فأبى ، فقال^(١٩) لك عشرون ، فأبى ، فقال :^(٢٠) لك ثلاثون . فأبى ، فقال : لك أربعون . فأبى ، فقال حذيفة : أتراني أترك جملتي ؟ فحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب^(٢١) . ولأن في اليمين عند الحاكم تبدلاً ، ولا يأمن أن يُصادف قدراً ، فينسب إلى

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٢/١٣ .

(١٤) في النسخ : « وابن عمر » . وابن عمر لم يحلف كما جاء في صفحة ٢٣٤ الآتية .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ٥١٦/٦ .

(١٦) في الأصل : « الظلم » .

(١٧) انظر في صفحة ٢٣٤ الآتية الحديث الذي أخرجه الدارقطني ، أن رسول الله ﷺ ردّ اليمين على طالب الحق .

(١٨) انظر ما تقدم في : ٤٤٢/١٣ .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢٠) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٤٢/٤ . والبيهقي ، في : باب =

الكذب ، وأنه عُوقِبَ بِحَلْفِهِ كاذِبًا ، وفي ذَهَابِ مَالِهِ له^(٢١) أَجْرٌ ، / وليس هذا تَضْيِيعًا ١٠٦/١١ ظ
للمال ، فإنَّ أخاه المُسْلِمَ يَتَنَفَّعُ به في الدُّنْيَا وَيَعْرِضُهُ له في الآخِرَةِ . وأمَّا عمرُ ، فإنه خاف
الاستِثْنانَ به ، وترك الناس الحلفَ على حُقُوقِهِمْ ، فيدُلُّ على أنَّه لولا ذلك ، لما
حَلَفَ ، وهذا أولى . والله تعالى أعلم .

فصل : فأما الحلف الكاذب لِيَقْتَطَعَ به مال أخيه ، ففيه إثم كبير . وقد قيل : إنه من
الكبائر ؛ لأنَّ الله تعالى وعدَّ عليه العذاب الأليم ، فقال سبحانه : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ
بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ
إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَلَا يَزْكِيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(٢٢) . قال الأَشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ : [فِي] ^(٢٤)
نزلت هذه الآية ، كان لي بقر في أرض ابن عمِّي ، فأتيتُ رسولَ الله ﷺ ، فقال : « بَيْتُكَ ،
أَوْ يَمِينُهُ » . قلتُ : إِذَا خِلِفُ عَلَيْهَا . فقال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ،
هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ ، لِيَقْتَطَعَ بِهَا مَالٌ مَرَى مُسْلِمٍ ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ » . أخرجه
البُخَارِيُّ^(٢٥) . وروى ابنُ مسعودٍ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ
صَبْرٍ^(٢٦) ، يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ » .
متَّفَقٌ عليه^(٢٧) . وقال النَّبِيُّ ﷺ ، في حديثِ الكِنْدِيِّ : « لَيْسَ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ

= ما جاء في الافتداء عن اليمين ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٧٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب في
الرجل يدعى الشيء فيقيم عليه البيعة فيستحلف أنه لم يبيع ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/١٥٥ .

(٢١) سقط من : ١ .

(٢٢) سورة آل عمران ٧٧ .

(٢٣) تكملة من مصادر التخرُّج .

(٢٤) في : باب : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ ... ﴾ . في تفسير سورة آل عمران ، من كتاب التفسير ، وفي : باب
قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ ... ﴾ . من كتاب الأيمان والنذور . صحيح البخاري ٦/٤٢ ، ٤٣ ،
١٧١/٨ ، وأخرجه أيضًا ، في : باب حدثنا عثمان بن أبي شيبة ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري
٣/٢٣٣ . وفيه : « رجل » مكان : « ابن عم لي » . و « شيء » مكان : « بقر » . وفي : باب الحكم في البئر
ونحوها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٩/٩٠ . وفيه : « رجل » مكان : « ابن عم لي » .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥/٢١٢ .

(٢٥) يمين صبر ، أو يمين صبر . الصبر : الحبس . والمراد إلزام الحاكم بها .

(٢٦) تقدم تخرُّجه ، في : ٤٤٤/١٣ .

ظُلْمًا ، لِيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ » (٢٧) . وهو حديث حسن صحيح . وقد روى في حديث : أَنَّ يَمِينَ الْعُمُوسِ تَذَرُ الدِّيَارَ بِلَاقِعٍ (٢٨) . وَيُسْتَحَبُّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُخَوِّفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ ، وَيَقْرَأَ عَلَيْهِ الْآيَةَ وَالْأَخْبَارَ .

فصل : وَمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ بِهِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَى . وهذا قال المُرْنِيُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : له ذلك ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ (٢٩) . ولأنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ بِهِ فِي الْحَالِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ / أَدَاؤُهُ إِلَيْهِ ، وَلَنَا ، أَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَهُوَ حَقٌّ لَهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَقٌّ ، لَمْ يَجِبْ إِنْظَارُهُ بِهِ .

فصل : وَيَمِينُ الْحَالِفِ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ ، فَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ غَصَبَهُ ، أَوْ اسْتَوْدَعَهُ وَدِيعَةً ، أَوْ اقْتَرَضَ مِنْهُ ، نَظَرْنَا فِي جَوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ قَالَ : مَا غَصَبْتُكَ ، وَلَا اسْتَوْدَعْتَنِي ، وَلَا اقْرَضْتَنِي . كُلُّفَ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى ذَلِكَ . فَإِنْ قَالَ : مَالِكَ عَلَى حَقٍّ ، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَى شَيْءٍ ، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَى مَا ادَّعَيْتَهُ ، وَلَا شَيْئًا مِنْهُ . كَانَ جَوَابًا صَحِيحًا . وَلَا يُكَلِّفُ الْجَوَابَ عَنِ الْغَصْبِ وَالْوَدِيعَةِ وَالْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ غَصَبَ مِنْهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَوْ (٣٠) جَحَدَ ذَلِكَ كَانَ كَاذِبًا ، وَإِنْ أَقْرَبَهُ ، ثُمَّ ادَّعَى الرَّدَّ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ، فَإِذَا طُلِبَ مِنْهُ الْيَمِينُ ، حَلَفَ عَلَى حَسَبِ مَا أَجَابَ . وَلَوْ ادَّعَى أَنِّي ابْتِغْتُ مِنْكَ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدِكَ ، فَأُنْكِرُهُ ، وَطُلِبَ يَمِينُهُ ، نَظَرْنَا فِي جَوَابِهِ ؛ فَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّكَ لَا تَسْتَحِقُّهَا . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ مَا ابْتِغَاها ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَبَاغَا مِنْهُ ثُمَّ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّكَ [لَمْ] (٣١) تَبْتَغِهَا مِنِّي . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَوْدَعَهُ ، فَأُنْكِرَهُ ، هَلْ يَخْلِفُ : مَا أَوْدَعْتَنِي ؟ قَالَ : إِذَا حَلَفَ : مَالِكَ عِنْدِي شَيْءٌ ، وَلَا لَكَ فِي يَدِي شَيْءٌ . فَهُوَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْحَلْفُ عَلَى حَسَبِ الْجَوَابِ ، وَأَنَّهُ مَتَى حَلَفَ : مَالِكَ قَبْلِي حَقٌّ . بَرِيٌّ بِذَلِكَ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجُهَانُ ، كَهَذَيْنِ .

(٢٧) تقدم تخرجه ، في : صفحة ٣٢ .

(٢٨) كنز العمال ٦٩٦/١٦ ، ٦٩٧ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٣٠) في ب ، م زيادة : « كلف » .

(٣١) تكملة يصح بها السياق .

فصل : ولا تدخل اليمين النيباء ، ولا يحلف أحد عن غيره ، فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً ، لم يحلف عنه ، ووَقِفَ الأمرُ حتى يبلُغَ الصَّبِيُّ وَيَعْقِلَ المجنونُ ، ولم يحلف عنه وليه . ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً ، أو ادعاه الوصي أو الأمين له ، فأنكر المدعى عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه . ومن لم ير القضاء بالشكول ، / ١٠٧/١١ ط
ورأى ردَّ اليمين على المدعى ، لم يحلف الولي^(٣٢) عنهما ، ولكن تقف اليمين ، ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه . وإن ادعى على العبد دَعْوَى ، نظرت ؛ فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه ، كالقصاص ، والطلاق ، والقذف ، فالخسومة معه دون سيده . فإن قلنا : إن اليمين تُشرع في هذا . حلف^(٣٣) العبد دون سيده ، وإن نكل لم يحلف غيره ، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه ، كإثلاف مال ، أو جنابة ثوب المال ، فالخصم السيد ، واليمين عليه ، ولا يحلف العبد فيها بحال .

فصل : وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، وقال : لي بينة أقیمها ، أو حساب استثبتته ، لأحلف على ما أتقن . فذكر أبو الخطاب ، أنه لا يمهل ، وإن لم يحلف ، جعل ناكلاً . وقيل : لا يكون ذلك نكولاً ، ويمهل مدة قريبة . وإن قال : ما أريد أن أحلف . أو سكت ، فلم يذكر شيئاً ، نظرنا في المدعى ؛ فإن كان مالاً ، أو المقصود منه المال ، قضى عليه بنكوله ، ولم تُردَّ اليمين على المدعى . نص عليه أحمد ، فقال : أنا لا أرى ردَّ اليمين ، إن حلف المدعى عليه ، وإلا دفع إليه حقه . وبهذا قال أبو حنيفة . واختار أبو الخطاب ، أن له ردَّ اليمين على المدعى ، إن ردَّها حلف المدعى ، وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوبه أحمد ، فقال : ما هو ببعيد ، يحلف ويستحق^(٣٤) . وقال : هو قول أهل المدينة ، روى ذلك عن علي ، رضي الله عنه . وبه قال شريح ، والشَّعْبِيُّ ، والتَّحَمِيُّ ، وابن سيرين ، ومالك في المال خاصة . وقاله^(٣٥) الشافعي في جميع

(٣٢) سقط من : ١ .

(٣٣) في ب ، م : « أحلف » .

(٣٤) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(٣٥) في الأصل ، ١ : « وقال » .

الدَّعَاوَى ؛ لما رَوَى عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ .
 رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٣٦) ، وَلَأَنَّهُ إِذَا نَكَلَ ظَهَرَ صِدْقُ الْمُدَّعَى ، وَقَوِيَ جَانِبُهُ ، فَتَشَرَّعُ الْيَمِينُ
 فِي حَقِّهِ ، كَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَبْلَ نُكُولِهِ ، وَكَالْمُدَّعَى إِذَا شَهِدَ / لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، وَلَأَنَّ النُّكُولَ
 قَدْ يَكُونُ لَجَهْلِهِ بِالْحَالِ ، وَتَوَرُّعِهِ عَنِ الْحَلْفِ عَلَى مَا لَا يَتَحَقَّقُهُ ، أَوْ لِلخَوْفِ مِنْ عَاقِبَةِ
 الْيَمِينِ ، أَوْ تَرْفَعًا عَنْهَا ، مَعَ عِلْمِهِ بِصِدْقِهِ فِي إِثْكَارِهِ ، وَلَا يَتَعَيَّنُ بِنُكُولِهِ صِدْقُ الْمُدَّعَى ،
 فَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ لَهُ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ ، فَإِذَا حَلَفَ كَانَتْ يَمِينُهُ دَلِيلًا عِنْدَ عَدَمِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا ،
 كَمَا فِي مَوْضِعِ الْوِفَاقِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا أَدْعُهُ حَتَّى يَقْرَأَ أَوْ يَحْلِفَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ
 ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى ^(٣٧) الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٣٨) . فَحَصَرَهَا فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى
 عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٣٨) . ^(٣٩) فَجَعَلَ
 جَنْسَ الْيَمِينِ فِي جَنْبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ^(٣٩) ، كَمَا جَعَلَ جَنْسَ الْبَيِّنَةِ فِي جَنْبِ الْمُدَّعَى . وَقَالَ
 أَحْمَدُ : قَدِمَ ابْنُ عُمَرَ إِلَى عُثْمَانَ فِي عِيدِهِ ، فَقَالَ لَهُ : احْلِفْ أَنَّكَ مَا بَعْتَهُ وَبِهِ عَيْبٌ عَلِمْتَهُ .
 فَأَبَى ابْنُ عُمَرَ أَنْ يَحْلِفَ ، فَزَدَّ الْعَبْدَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَرُدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى . وَلَأَنَّهَا بَيِّنَةٌ فِي
 الْمَالِ ، فَحُكِمَ فِيهَا بِالنُّكُولِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ مَنْ لَا وَارَثَ لَهُ ، فَوَجَدَ الْإِمَامُ فِي دَفْتَرِهِ دَيْنًا لَهُ عَلَى
 إِنْسَانٍ ، فَطَالَبَهُ بِهِ ، فَأُثْبِرَ ، وَطَلَبَ مِنْهُ الْيَمِينَ ، فَأُثْبِرَ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ الْيَمِينَ لَا
 تُرَدُّ . وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا ، أَنَّهُ يُقْضَى بِالنُّكُولِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي
 الْآخَرِ ، يُجْبَسُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حَتَّى يَقْرَأَ ، أَوْ يَحْلِفَ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَدَّعَى رَجُلٌ عَلَى مَيْتٍ
 أَنَّهُ وَصَّى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ ثَلَاثَةِ أَوَّلِ الْوَرِثَةِ ، وَأُثْبِرَ الْوَرِثَةُ ، وَنُكُلُوا عَنْ الْيَمِينِ ، قُضِيَ عَلَيْهِمْ . وَالْخَبَرُ لَا تُعْرَفُ
 صِحَّتُهُ ، وَمُخَالَفَةُ ابْنِ عُمَرَ لَهُ فِي الْقِصَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، تَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَرُدَّ
 الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَلَا رَدَّهَا عُثْمَانُ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : إِنَّ

(٣٦) في : كتاب في الأفضية والأحكام . سنن الدارقطني ٢١٣/٤ .

كما أخرجه الحاكم في : كتاب الأحكام . المستدرک ١٠٠/٤ . والبيهقي ، في : باب النكول ورد اليمين ، من كتاب

الشهادات . السنن الكبرى ١٠٤/١٠ .

(٣٧) في ب ، م زيادة : « جانب » .

(٣٨) تقدم تحريجه ، في : ٥٨٧/٦ .

(٣٩) ٣٩-٣٩ سقط من : ١ . نقل نظر .

حَلَفْتُ ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ حَلَفَ ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ، يَقُولُ لَهُ : لَكَ رَدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى . فَإِنْ رَدَّهَا ، حَلَفَ ، وَقَضَى لَهُ ، وَإِنْ نَكَلَ / عَنْ ١٠٨/١١ ط
الْيَمِينِ ، سُئِلَ عَنْ سَبَبِ نُكُولِهِ ، فَإِنْ قَالَ : لِي بَيِّنَةٌ أَقِيمُهَا ، أَوْ حَسَابٌ أَسْتَشِيهُ ، لَا أُحْلِفَ عَلَى مَا اتَّقَيْتُهُ . أُخْرِجَتْ الْحُكُومَةُ . وَإِنْ قَالَ : مَا أَرِيدُ أَنْ أُحْلِفَ . سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ ، فَلَوْ بَذَلَهَا فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ بَعْدَ هَذَا ، لَمْ تُسْمَعْ مِنْهُ ، إِلَى أَنْ يَعُودَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ ، ثُمَّ بَذَلَهَا ، سُمِعَتْ مِنْهُ ، فَلَمْ مَنَعْتُمْ سَمَاعَهَا هَهُنَا ؟ قُلْنَا : الْيَمِينُ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هِيَ الْأَصْلُ ، فَمَتَى قَدَّرَ عَلَيْهَا ، أَوْ بَذَلَهَا ، وَجَبَ قَبُولُهَا ، وَالْمَصِيرُ إِلَيْهَا ، كَالْمُبْدَلَاتِ مَعَ أَبْدَالِهَا ، وَأَمَّا يَمِينُ الْمُدَّعَى ، فَهِيَ بَدَلٌ ، فَإِذَا اِمْتَنَعَ مِنْهَا ، لَمْ يَنْتَقِلِ الْحَقُّ إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِذَا اِمْتَنَعَ مِنْهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا ؛ لَضَعْفِهَا . وَأَمَّا إِذَا حَلَفَ ، وَقَضَى لَهُ ، فَعَادَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَبَذَلَ الْيَمِينَ ، لَمْ يُسْمَعْ مِنْهُ ، وَهَكَذَا لَوْ بَذَلَهَا بَعْدَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ ، لَمْ يُسْمَعْ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدَتُمْ ، فَلَا يَنْقُضُ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . فَأَمَّا غَيْرُ الْمَالِ ، وَمَا لَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، فَلَا يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْقِصَاصِ . وَنُقِلَ عَنْهُ ، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَذَفَهُ ، فَقَالَ : اسْتَخْلِفُوهُ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أُحْلِفُ . أُقِيمَ عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُقْضَى فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا بِالنُّكُولِ ، وَلَا فَرَقَ بَيْنَ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، وَالْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ ^(٤٠) . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ . ^(٤١) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ^(٤٢) : يُقْضَى بِالنُّكُولِ فِي الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ . وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ الْبَنُوغَ الْآخَرَ . فَعَلَى هَذَا ، مَا يُصْنَعُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُخْلَى سَبِيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حُجَّةٌ ، وَتَكُونُ فَائِدَةُ شَرْعِيَّةٍ ^(٤٣) الْيَمِينِ الرَّدْعَ وَالزَّجْرَ . وَالثَّانِي ، يُجْبَسُ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ الْمَرْأَةُ إِذَا نَكَلَتْ عَنْ اللَّعَانِ .

فصل : وَإِذَا حَلَفَ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . أُعِيدَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّ

(٤٠) فِي ١ ، ب : « الْأَطْرَافِ » .

(٤١) - (٤٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤٣) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب .

الاستثناء يُزيلُ حكمَ اليمين . وكذلك إذا^(٤٣) وصلَ يمينه بشرطٍ أو كلامٍ غيرِ مفهوم .
 وإن حَلَفَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ / الحاكمُ ، أُعِيدَتْ عليه ، ولم يُعْتَدَ بما حَلَفَ قَبْلَ
 الاستحلاف . وكذلك إن استحلّفه الحاكمُ قَبْلَ أَنْ يسأله المَدْعَى استِحلافه ، لم يُعْتَدَ
 بها .

فصل : ولو ادّعى على رجلٍ دينًا ، أو حقًا ، فقال : قد أبرأتني منه ، أو استوفيته
 مني . فالقول قول من ينكرُ الإبراء والاستيفاء مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا
 الحق — ويُسميه تسميةً يصيرُ بها معلومًا — ما برئت ذمتك منه ، ولا^(٤٤) من شيء
 منه ، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ،^(٤٥) ولا من شيء منه^(٤٥) . وإن ادّعى استيفاءه ، أو
 البراءة بجهةٍ معلومة ، حلف على تلك الجهة وحدها ، وكفاه .

فصل : والحقوق على ضربين ؛ أحدهما ، ما هو حقٌّ لآدمي . والثاني ، ما هو حقٌّ لله
 تعالى . فحقُّ الآدمي يُنقسمُ قسمين ؛ أحدهما ، ما هو مالٌ ، أو المقصودُ منه المالُ ، فهذا
 تُشرعُ فيه اليمينُ ، بخلافِ بين أهل العلم ، فإذا لم تكن للمدّعي بينة ، حلف المَدْعَى
 عليه ، وبرئ . وقد ثبتَ هذا في قضية^(٤٦) الحضرمي والكِنْدِيُّ اللذين اختلفا في
 الأرض ، وعموم قول النبي ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٤٧) . القسم
 الثاني ، ما ليس بمالٍ ، ولا المقصودُ منه المالُ ، وهو كلُّ^(٤٨) ما لا يثبتُ إلا بشاهدين ؛
 كالقصاص ، وحدِّ القذف ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعنق ، والنسب ،
 والاستيلاء ، والولاء ، والرّق ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يُستحلف المَدْعَى عليه ، ولا
 تُعرضُ عليه اليمينُ . قال أحمدُ : لم أسمع من مَضَى جَوَزُوا الأيمانَ إلا في الأموال والعروضِ
 خاصّةً . وهذا قول مالِك . ونحوه قولُ أبي حنيفة ، فإنه قال : لا يُستحلفُ في النكاح ، وما

(٤٣) في ١ ، ب ، م : « إن » .

(٤٤) في ب زيادة : « ترى » . ولعلها : « تبرأ » .

(٤٥-٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٦) في ١ ، ب ، م : « قصة » .

(٤٧) تقدم تحريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٤٨) سقط من : الأصل ، ١ .

يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ دَعْوَى الرَّجْعَةِ وَالْفَيْئَةِ فِي الْإِيلَاءِ ، وَلَا فِي الرَّقِّ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَسْتِيلَادِ وَالْوَلَاءِ
وَالنَّسَبِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يَدْخُلُهَا الْبَدَلُ ، وَإِنَّمَا تُعَرَّضُ الْيَمِينُ فِيمَا يَدْخُلُهَا الْبَدَلُ ؛ فَإِنَّ
الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَخْلِفَ أَوْ يُسَلِّمَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ
ذَكَرَيْنِ ، فَلَا تُعَرَّضُ فِيهَا الْيَمِينُ ، كَالْحُدُودِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحْلَفُ فِي الطَّلَاقِ ،
وَالْقِصَاصِ ، وَالْقَذْفِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا / قَالَ : ارْتَجَعْتُكَ . فَقَالَتْ : انْقَضَتْ ٢٠٩/١١ ظ
عِدَّتِي قَبْلَ رَجْعَتِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا . وَإِذَا اخْتَلَفَ فِي مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا ، أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ،
وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ
دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ^(٤٩) . وَهَذَا عَامٌّ
فِي كُلِّ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي دَعْوَى الدِّمَاءِ ؛ لِذِكْرِهَا فِي الدَّعْوَى مَعَ عُمُومِ
الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهَا دَعْوَى صَحِيحَةٌ فِي حَقِّ لَادِمٍ ^(٥٠) ، فَجَازَ أَنْ يَخْلِفَ فِيهَا الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
الْحُدُودُ ، فَلَا تُشْتَرَعُ فِيهَا يَمِينٌ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ ،
قُبِلَ مِنْهُ ، وَخُلِيَ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، فَلِأَنَّ لَا يُسْتَحْلَفُ مَعَ عَدَمِ الْإِقْرَارِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ
سِتْرُهُ ، وَالتَّعْرِيزُ لِلْمُقَرَّبِ بِهِ ، بِالرُّجُوعِ عَنْ إِقْرَارِهِ ، وَلِلشُّهُودِ بِتَرْكِ الشَّهَادَةِ وَالسَّتْرِ عَلَيْهِ ،
قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ، لَهُزَالٍ ، فِي قِصَّةِ مَا عَزَى : « يَا هَزَالُ ، لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ ، لَكَانَ خَيْرًا
لَكَ » ^(٥١) . فَلَا تُشْتَرَعُ فِيهِ يَمِينٌ بِحَالٍ . النَّوْعُ الثَّانِي ، الْحَقُوقُ الْمَالِيَّةُ ، كَدَعْوَى السَّاعِي
الزَّكَاةَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْحَوْلَ قَدْتَمَّ وَكَمَلَ النَّصَابُ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ ،
مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ النَّاسُ عَلَى صَدَقَاتِهِمْ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ،
وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى مَسْمُوعَةٌ ، أَشْبَهَ حَقَّ الْآدِمِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ
تَعَالَى ، أَشْبَهَ الْحَدَّ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ عِبَادَةٌ ، فَلَا يُسْتَحْلَفُ عَلَيْهَا ، كَالصَّلَاةِ . وَلِوَادَعَى عَلَيْهِ ،
أَنَّ عَلَيْهِ كَفَّارَةَ يَمِينٍ أَوْ ظَهَارٍ ، أَوْ نَذَرَ صَدَقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ

(٤٩) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٥٠) في ١ : « آدَمِي » .

(٥١) تقدم تخريجه ، في : ٣٨٠/١٢ .

يَمِينٍ ، وَلَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى فِي هَذَا ، وَلَا فِي حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمُدَّعَى فِيهِ ، وَلَا لِأَيَّةٍ لَهُ عَلَيْهِ ، فَلَا تُسْمَعُ مِنْهُ دَعْوَاهُ حَقًّا لِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا لِأَيَّةٍ لَهُ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَضَمَّنَتْ دَعْوَاهُ حَقًّا لَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعَى سَرَقَةَ مَالِهِ ، لِيُضَمَّنَ / السَّارِقَ ، أَوْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا سَرَقَهُ ، أَوْ يَدَّعَى عَلَيْهِ الزَّئِي بِجَارِيَتِهِ ؛ لِأَيُّهَا مَهْرُهَا مِنْهُ ، سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ، وَيُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِحَقِّ الْآدَمِيِّ ، دُونَ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى .

١٩١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ مِنَ الْأَرْبَعَةِ اثْنَانِ ، أَنَّ هَذَا زَنَى بِهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي الْبَيْتِ الْآخَرِ ، فَلَا أَرْبَعَةَ قَذْفَةٍ ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُّ)

وجملته ، أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّئِي ، اجْتِمَاعُ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى فِعْلِ وَاحِدٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجْتَمِعُوا ، لَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ، وَكَانَ الْجَمِيعُ قَذْفَةً ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُّ ، فَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ ، وَاثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ ، فَمَا اجْتَمَعُوا عَلَى الشَّهَادَةِ بِزَنَى وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّئِي فِي هَذَا الْبَيْتِ غَيْرُ الزَّئِي فِي الْآخَرِ ، فَلَمْ تَكْمُلْ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحْدِثُونَ حَدَّ الْقَذْفِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : تَكْمُلُ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحْدِثُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ . وَاسْتَبْعَدَهُ أَبُو الْحَطَّابِ ، وَقَالَ : هَذَا سَهْوٌ مِنَ النَّاقِلِ ؛ لِأَنَّهُ يَخَالِفُ الْأَصُولَ وَالْإِجْمَاعَ ، وَالْحُدُّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، فَكَيْفَ يَجِبُ بِهَا ! وَقَالَ النَّحَّعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ : لَا حَدَّ عَلَى الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُمْ كَمَلُوا أَرْبَعَةً ، وَلَا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بِزَنَى وَاحِدٍ يَجِبُ الْحُدُّ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بِزَنَى وَاحِدٍ ، فَلَزِمَهُمُ الْحُدُّ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، وَاثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِغَيْرِهَا ، وَلَئِنَّهُ لَا يَحْلُو مِنْ أَنْ تَكُونَ شَهَادَتُهُمْ بِزَنَى وَاحِدٍ أَوْ بَاثْنَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ يَفْعِلُ وَاحِدٍ ، مِثْلُ أَنْ يُعَيِّنَ الْجَمِيعَ وَقْتًا وَاحِدًا ، لَا يُمَكِّنُ زِنَاهُ فِيهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، فَاثْنَانِ مِنْهُمْ كَاذِبَانِ يَقِينًا ، وَاثْنَانِ مِنْهُمْ لَوْ خَلَوْا عَنِ الْمُعَارَضَةِ لِشَهَادَتِهِمَا^(١) ، لَكُنَا قَذْفَةً ، فَمَعَ التَّعَارُضُ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَتْ شَهَادَتُهُمْ بِفَعْلَيْنِ ، كَانُوا قَذْفَةً ، كَمَا لَوْ عَيَّنَا فِي شَهَادَتِهِمْ أَنَّهُ

(١) فِي ١ ، ب ، م : « لِشَهَادَتِهِمْ » .

زَنَى مَرَّةً أُخْرَى . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالْأَصْلِ الذِي ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وكذلك كُلُّ شَهَادَةٍ عَلَى فِعْلَيْنِ ، مثل أن يَشْهَدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِأُخْرَى ، أَوْ / يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي يَوْمٍ ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي آخَرَ ، أَوْ ١١٠/١١ ط يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّهُ زَنَى بِهَا لَيْلًا ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا نَهَارًا ، أَوْ يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّهُ زَنَى بِهَا غَدَوَةً ، وَيَشْهَدُ آخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عَشِيًّا ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَإِنَّهُمْ قَدَفَةٌ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي زَاوِيَةِ بَيْتٍ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي زَاوِيَةٍ مِنْهُ أُخْرَى ، وَكَانَتَا مُتَبَاعِدَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، وَيُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، اسْتِحْسَانًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مَكَانَانِ لَا يُمَكِّنُ وَقُوعُ الْفِعْلِ الْوَاحِدِ فِيهِمَا ، وَلَا يَصْبِحُ نَسْبَتُهُ إِلَيْهِمَا ، فَأَشْبَهَا الْبَيْتَيْنِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَتَا مُتَقَارِبَتَيْنِ ، تُمْكِنُ نَسْبَتُهُ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، لِقُرْبِهِ مِنْهَا ، كَمَلَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِإِمْكَانِ صِدْقِهِمَا فِي نَسْبَتِهِ إِلَى الزَّائِرَتَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : ومتى كَانَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ ، فَاخْتَلَفَ الشَّاهِدَانِ فِي زَمَنِهِ ، أَوْ مَكَانِهِ ، أَوْ صِفَةٍ لَهُ تَدُلُّ عَلَى تَغَايُرِ الْفِعْلَيْنِ ، لَمْ تَكْمُلْ شَهَادَتُهُمَا ، مثل أن يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضَبَهُ دِينَارًا يَوْمَ السَّبْتِ ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَضَبَهُ دِينَارًا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، أَوْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضَبَهُ بِدَمِشَقٍ ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَضَبَهُ بِمِصْرَ ، أَوْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضَبَهُ دِينَارًا ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَضَبَهُ ثوبًا ، فَلَا تَكْمُلُ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ فِعْلٍ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ شَاهِدَانِ . وَهَكَذَا إِنْ اخْتَلَفَا فِي زَمَنِ الْقَتْلِ ، أَوْ مَكَانِهِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوْ فِي شُرْبِ الْخَمْرِ ، أَوْ الْقَذْفِ ، لَمْ تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ غَيْرُ الَّذِي شَهِدَ بِهِ الْآخَرُ ، فَلَمْ يَشْهَدْ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفِعْلَيْنِ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِلَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، فَإِنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةُ^(٣) تَكْمُلُ . وَبُيِّنَتْ الْمَشْهُودُ بِهِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ ، فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْفِعْلِ ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَبْيَضَ ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَسْوَدَ ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ سَرَقَ هَذَا الْكَيْسَ غَدَوَةً ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ / سَرَقَهُ عَشِيًّا ، ١١١/١١ و

(٢) في ا ، ب ، م : « يشهدان » .

(٣) في الأصل ، ا ، م ، زيادة : « لم » .

لم تَكْمُلُ الشَّهَادَةَ . ذكره ابنُ حامِدٍ . وقال أبو بكرٍ : تَكْمُلُ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ كلَّ فعلٍ لم يشهد به إلا واحدٌ ، على ما قدَّمناه . وإن اختلفا في صِفَةِ المشهود به اختلافًا يُوجِبُ تَغَايُرَهُ^(٤) ، مثل أن يشهد أحدهما بثوبٍ والآخرُ بدينارٍ ، فلا خلاف في أنَّ الشَّهَادَةَ لا تَكْمُلُ ؛ لأنَّه لا يُمكنُ إيجابُهما جميعًا ؛ لأنَّه يكونُ إيجابًا بالحقِّ عليه بشهادةٍ واحدٍ ، ولا إيجابُ أحدهما بعينه ؛ لأنَّ الآخرَ لم يشهد به ، وليس أحدهما أوَّلَى من الآخرِ . فأما إن شهد بكلِّ فعلٍ شاهداً ، واختلفا في الزَّمانِ ، أو المكانِ ، أو الصِّفَةِ ، ثبتا جميعًا ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قد شهدَتْ به بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، لو انفردَتْ أثبتتِ الحقَّ ، وشهادةُ الأخرى لا تُعارضُها ؛ لأنَّ مكانَ الجَمْعِ بينهما ، إلَّا أن يكونَ الفعلُ ممَّا لا يُمكنُ تَكَرُّره ، كقتلِ رجلٍ بعينه ، فتعارضُ البَيِّنَتَيْنِ ، لِعَلَمِنَا أنَّ إحداهما كاذبةٌ ، ولا نعلمُ أيُّهما هي ، بخلاف ما يتكرَّرُ ويُمكنُ صدقُ البَيِّنَتَيْنِ فيه ، فإنَّهما جميعًا يثبتانِ إن ادَّعاهما ، وإن لم يدَّعِ إلَّا إحداهما ، ثبتَ له ما ادَّعاه دونَ ما لم يدَّعِ . وإن شهدَ اثنانِ أنَّه سَرَقَ مع الزَّوالِ كَيْسًا أَسْوَدَ ، وشهدَ آخرانِ أنَّه سَرَقَ مع الزَّوالِ كَيْسًا أبيضَ ، أو شهدَ اثنانِ أنَّه سَرَقَ هذا الكيسَ غُدُوًةً ، وشهدَ آخرانِ أنَّه سَرَقَهُ عَشِيًّا ، فقال القاضي : يتعارضان . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ . كما لو كان المشهودُ به قَتْلًا . والصَّحِيحُ أنَّ هذا لا تعارضُ فيه ، لأنَّه^(٥) يُمكنُ صدقُ البَيِّنَتَيْنِ ، بأنَّ يسرِقَ عندَ الزَّوالِ كَيْسَيْنِ أبيضَ وأَسْوَدَ ، فتشهدُ كُلُّ بَيِّنَةٍ بأحدهما ، ويُمكنُ أن يسرِقَ كَيْسًا غُدُوًةً ثم يعودَ إلى صاحبه أو غيره ، فيسرقه عَشِيًّا ، ومع إمكانِ الجَمْعِ لا تعارضَ . فعلى هذا ، إن ادَّعاهما المشهودُ له ، ثبتتْ له في الصُّورَةِ الأولى ، وأمَّا في الصُّورَةِ الثانيةِ ، فيثبتُ له الكيسُ المشهودُ به حَسْبُ ؛ فإنَّ المشهودُ به وإن كانا^(٦) فَعَلَيْنِ ، لكنَّهما في محلٍّ واحدٍ ، فلا يجبُ أكثرُ من ضَمَانِهِ . وإن لم يدَّعِ المشهودُ / له إلَّا أحدَ الكَيْسَيْنِ ، ثبتَ له ، ولم يثبتْ له الآخرُ ؛ لَعَدَمِ دَعْوَاهُ إِيَّاهُ . وإن شهدَ له شاهدٌ بِسَرِقَةِ كَيْسٍ في يومٍ ، وشهدَ آخرٌ بِسَرِقَةِ كَيْسٍ في يومٍ آخرَ ، أو شهدَ أحدهما في مكانٍ ، وشهدَ آخرُ^(٧)

(٤) في ا ، ب ، م : « تَغْيَرُهُما » .

(٥) في م : « لا » .

(٦) في الأصل : « كان » .

(٧) في ا : « الآخر » .

بسرقة^(٨) في مكانٍ آخر ، أو شهد أحدهما بعصَب كيس أبيض ، وشهد آخرُ بعصَب كيس أسود ، فادّعاها المشهود له ، فله أن يحلف مع كل واحد منهما ، ويحكم له به ؛ لأنه ما قد شهد له به شاهد . وإن لم يدع إلا أحدهما ، ثبت له ما ادّعاه ، ولم يثبت له الآخر ؛ لعدم دَعواه إيَّاه .

فصل : فأما الشهادة على الإقرار ، مثل أن يشهد أحدهما أنه أقرَّ عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله ، أو قذفه ، أو غصبه كذا ، أو أن له في ذمته كذا ، ويشهد الآخر أنه أقرَّ عندي بهذا يوم السبت بحمص ، كملت شهادتهما . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال زفر : لا تكمل شهادتهما ؛ لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد ، فلم تكمل الشهادة ، فأشبهت الشهادة على الفعل . ولنا ، أن المقرَّ به واحد ، وقد شهد اثنان بالإقرار به ، فكملت شهادتهما ، كما لو كان الإقرار بهما واحداً ، وفارق الشهادة على الفعل ؛ فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين ، فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقرَّ عندي أنه قتله في يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقرَّ أنه قتله يوم الجمعة ، فإن شهادتهما لا تقبل ههنا . ويحقق ما ذكرناه ، أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم ، لا في جمعهم إلى المشهود له ، فيمضي إليهم في أوقات متفرقة ، وأماكن مختلفة ، فيشهدهم على إقراره . وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين ، مثل أن يقول أحدهما : أشهد أنه أقرَّ عندي أنه قتله يوم الخميس . وقال الآخر : أشهد أنه أقرَّ عندي أنه قتله يوم الجمعة . أو قال أحدهما : أشهد أنه أقرَّ عندي أنه قذفه بالعريّة . وقال الآخر : أشهد / أنه أقرَّ عندي أنه قذفه بالعجميّة . لم تكمل الشهادة ؛ لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه ، فلم تكمل الشهادة ، كما لو شهد أحدهما أنه أقرَّ أنه غصبه^(٩) دنانير ، وشهد الآخر أنه أقرَّ أنه غصبه^(٩) دراهم ، لم تكمل الشهادة . وعلى قول أبي بكر ، تكمل الشهادة في القتل ، والقذف ؛ لأن القذف بالعريّة أو العجميّة ، والقتل بالبصرة أو الكوفة ، ليس من المفتضى ، فلا يُعتبر في الشهادة ، ولم يؤثر . والأوّل أصح .

(٨) في ١ ، ب : (: بسرقة) .

(٩-٩) سقط من : ١ ، ب . نقل نظر .

فصل : فإن شهد أحدهما أنه باع أمسي ، وشهد الآخر ، أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس ، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم ، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة . وقال الشافعي : لا تكمل ؛ لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد ، أشبه ما لو شهد بالعصب في وقتين . ووجه قول أصحابنا ، أن المشهود به شيء واحد ، يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ، ويكون واحداً ، فاختلفت في الوقت ليس باختلاف فيه ، فلم يؤثر ، كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية .

فصل : وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيه كالحكم في البيع ، إلا النكاح ، فإنه كالفعل^(١٠) . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس ، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم ، لم تكمل الشهادة ، في قولهم جميعاً ؛ لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم ، فلم يشهد بكل واحد من العقدتين إلا شاهد واحد ، فلم يثبت ، كما لو كانت الشهادة على فعل ، وكذلك القذف ، فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد .

فصل : فإن شهد أحدهما أنه غصبه^(١١) هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بعصبيه منه ، كملت الشهادة ، وحكم بها ؛ لأنه يجوز أن يكون العصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به ، فلم يختلف الفعل ، وكملت الشهادة ، كما لو شهدا في وقتين على إقراره بالعصب . / وقال القاضي : لا تكمل الشهادة ، ولا يحكم بها . وهو قول الشافعي ؛ لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد . وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين ؛ فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر ، إذا كانا في وقتين مختلفين ، ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد ، لم تحمل على اثنين ، كالإقرارين ، وكما لو شهد بالعصب اثنان ، وشهد على الإقرار به اثنان . وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد ، أو أنه أقر بعصبيه منه ، وشهد الآخر أنه ملك زيد^(١٢) ، لم تكمل شهادتهما ؛ لأنهما لم يشهدا على شيء واحد . وإن شهد أنه أخذه من يديه ، ألزمه الحاكم

(١٠) في م زيادة : « الواحد » .

(١١) في م : « غصب » .

(١٢) في الأصل : « لزيد » .

رَدَّهٗ إِلَى يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ ، فَتَرَدُّ إِلَى يَدِهِ ، لَتَكُونَ دَلَالَتُهَا^(١٣) ثَابِتَةً لَهُ . قَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ ، وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ ، شَهِدَ أَحَدُهُمَا^(١٤) أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ لِفُلَانٍ ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ دَارُ فُلَانٍ^(١٥) . قَالَ : شَهِادَتُهُمَا جَائِزَةٌ .

فصل : وَمَنْ شَهِدَ بِالنِّكَاحِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ شُرُوطِهِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي شُرُوطِهِ ، فَيَجِبُ ذِكْرُهَا ، لَعَلَّ الْيَكُونَ الشَّاهِدُ يَعْتَقِدُ أَنَّ^(١٦) النِّكَاحَ صَحِيحٌ^(١٧) ، وَهُوَ فَاسِدٌ . وَإِنْ شَهِدَ بِعَقْدٍ سِوَاهُ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، فَهَلْ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ ذِكْرُهَا ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي شُرُوطِهِ ، فَاشْتِرَاطُ ذِكْرِهَا كَالنِّكَاحِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهَا فِي الدَّعْوَى ، فَكَذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ بِهِ^(١٨) ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالرِّضَاعِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَنَّهُ شَرِبَ مِنْ ثَدْيِهَا ، أَوْ مِنْ لَبَنٍ حَلَبَ مِنْهُ ، وَعَدَدِ الرِّضْعَاتِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي عَدَدِ الرِّضْعَاتِ ، وَفِي الرِّضَاعِ^(١٩) الْمُحَرَّمَ . وَإِنْ شَهِدَ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنَ الرِّضَاعِ ، لَمْ يَكْفِ ؛ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِيمَا يَصِيرُ بِهِ ابْنُهَا ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالْقَتْلِ ، / فَلَا بُدَّ مِنْ وَصْفِ الْقَتْلِ ، فَيَقُولُ : جَرَحَهُ فَقَتَلَهُ ، أَوْ ضَرَبَهُ بِكَذَا فَقَتَلَهُ . وَلَوْ ١١٣/١١
قَالَ : ضَرَبَهُ فَمَاتَ . لَمْ يُحْكَمْ بِذَلِكَ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَاتَ بِغَيْرِ هَذَا . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ شَهِدَ عِنْدَهُ رَجُلٌ ، فَقَالَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ اتَّكَأَ عَلَيْهِ بِمِرْقَةٍ ، فَمَاتَ . فَقَالَ لَهُ شُرَيْحٌ : فَمَاتَ مِنْهُ ، أَوْ فَقَتَلَهُ ؟ فَأَعَادَ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ ، وَأَعَادَ عَلَيْهِ^(٢٠) شُرَيْحٌ سُؤَالَهُ ، فَلَمْ يَقُلْ :

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « دَلَالَتُهُمَا » .

(١٤) فِي ب زِيَادَةً : « قَالَ أَشْهَدُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « لِفُلَانٍ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(١٧) فِي ب : « صَحِيحًا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فَقَتَلَهُ . وَلَا : فَمَاتَ مِنْهُ . فَقَالَ لَهُ شَرِيحٌ : قُمْ ، فَلَا شَهَادَةَ لَكَ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١٩) . وَمَنْ شَهِدَ بِالزُّنَى ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الزَّانِي ، وَالْمَزْنِيَّيَا ، وَمَكَانِ الزُّنَى ، وَصِفَتِهِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الزُّنَى يُطْلَقُ عَلَى مَا لَا يُوجِبُ الْحَدَّ ، وَقَدْ يُعْتَقَدُ الشَّاهِدُ مَا لَيْسَ بِزُنَى زُنَى ، فَاعْتَبِرْ ذِكْرَ صِفَتِهِ ؛ لِزَوَلِ الْإِحْتِمَالِ ، وَاعْتَبِرْ ذِكْرَ الْمَرْأَةِ ؛ لِئَلَّا تَكُونَ مِمَّنْ تَحِلُّ لَهُ ، أَوَّلُهُ فِي وَطْئِهَا شُبْهَةٌ ، وَذِكْرُ الْمَكَانِ ؛ لِئَلَّا تَكُونَ الشَّهَادَةُ مِنْهُمْ عَلَى فَعْلَيْنِ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمَزْنِيَّيَا ، وَلَا ذِكْرِ الْمَكَانِ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلْفِعْلِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ ذِكْرُهُ ، كَالزَّمَانِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالسَّرْقَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ سَرْقَةِ نِصَابٍ مِنَ الْجُرْزِ ، وَذِكْرِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ ، وَصِفَةِ السَّرْقَةِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالْقَذْفِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْمُقَذَّوفِ ، وَصِفَةِ الْقَذْفِ . وَإِنْ شَهِدَ بِمَالٍ ، احتاجَ إِلَى تَحْرِيرِهِ بِمَثَلِ مَا ذَكَرْنَا فِي الدَّعْوَى . وَإِنْ تَرَكَ الشَّاهِدُ ذِكْرَ شَيْءٍ يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ عَنْهُ ، كَمَا سَأَلَ شَرِيحٌ الشَّاهِدَ الَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ أَنَّهُ اتَّكَأَ عَلَيْهِ بِمِرْفَقِهِ حَتَّى مَاتَ . وَإِنْ حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ ، أَوْ حَرَّرَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ شَهَادَتَهُ ، وَشَهِدَ بِهَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ بِمَثَلِ ذَلِكَ . أَوْ قَالَ حِينَ حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ : أَشْهَدُ بِذَلِكَ ، أَوْ بِهِذَا . أَجْزَأُهُ .

١٩١٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ جَاءَ أَرْبَعَةٌ مُتَّفِقُونَ ، وَالْحَاكِمُ جَالِسٌ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ ، لَمْ يَقُمْ قَبْلَ شَهَادَتِهِمْ . وَإِنْ جَاءَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ أَنْ قَامَ الْحَاكِمُ ، كَانُوا قَدْفَةً ، وَعَلَيْهِمُ الْحَدُّ)

هذه المسألة قد ذكرناها في كتاب الحدود ^(١) ، بما أغنى عن إعادتها ههنا .

١١٣/١١ - ١٩١٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ حُكِمَ بِشَهَادَتَيْهِمَا بِجُرْحٍ أَوْ قَتْلِ / ، ثُمَّ رَجَعَا ، فَقَالَا : عَمَدْنَا ، اقْتَصَّ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَا : أَلْخَطَأْنَا . غَرِمَا الدِّيَةَ ، أَوْ أُرْشَ الْجُرْحِ)
وجملة الأمر أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها ، لم يخل من ثلاثة أحوال ؛

(١٩) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٧٠ .

(١) تقدم في : ٣٦٥/١٢ .

أحبُّها ، أن يَرْجِعُوا قَبْلَ الْحُكْمِ بها ، فلا يَجُوزُ الْحُكْمُ بها . في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ .
وَحَكِيٍّ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ شَدَّ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَقَالَ : يُحْكَمُ بها ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ قَدْ أُدْثِرَتْ ،
فَلَا تَبْطُلُ بِرُجُوعِ مَنْ شَهِدَ بها ، كَالْوَرَجْعَا بَعْدَ الْحُكْمِ . وَهَذَا فِاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطُ
الْحُكْمِ ، فَإِذَا زَالَتْ قَبْلَهُ ، لَمْ يَجْزِ ، كَالْوَفَسَقَا ؛ وَلِأَنَّ رُجُوعَهُمَا يَظْهَرُ بِهِ كَذِبُهُمَا ، فَلَمْ
يَجْزِ الْحُكْمُ بها ، كَالْوَشْهَدَا بِقَتْلِ رَجُلٍ ، ثُمَّ عَلِمَ حَيَاتُهُ ، وَلِأَنَّهُ زَالَ ظَنُّهُ فِي أَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ
حَقٌّ ، فَلَمْ يَجْزِ لَهُ الْحُكْمُ بِهِ ، كَالْوَتَغْيَرِ اجْتِهَادُهُ ، وَفَارَقَ مَا بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَإِنَّهُ تَمَّ
بَشَرْطِهِ ^(١) ؛ وَلِأَنَّ الشَّكَّ لَا يُزِيلُ مَا حُكِمَ بِهِ ، كَالْوَتَغْيَرِ اجْتِهَادُهُ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنَّ يَرْجِعَا
بَعْدَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ الْإِسْتِيفَاءِ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُحْكَمُ بِهِ عُقُوبَةً ، كَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ ، لَمْ
يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْخُدُودَ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَرُجُوعُهُمَا مِنْ أَعْظَمِ الشُّبُهَاتِ ، وَلِأَنَّ
الْمُحْكَمَ بِهِ عُقُوبَةً ، وَلَمْ ^(٢) يَبْقَ ظَنٌّ ^(٣) اسْتِحْقَاقِهَا ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى جَبْرِهَا ، فَلَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهَا ^(٤) ،
كَالْوَرَجْعَا قَبْلَ الْحُكْمِ . وَفَارَقَ الْمَالُ ؛ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ جَبْرُهُ ، بِالْإِزَامِ الشَّاهِدِينَ عَوَضَهُ ،
وَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ لَا يَنْجَبِرُ بِإِجَابِ مِثْلِهِ عَلَى الشَّاهِدِينَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِجَبْرِ ، وَلَا يَخْصُلُ
لِمَنْ وَجِبَ لَهُ مِنْهُ عَوَضٌ ، وَإِنَّمَا شَرِعَ لِلزَّجْرِ وَالتَّشْفِي وَالْإِنْتِقَامِ ، لَا لِلجَبْرِ . فَإِنْ قِيلَ :
فَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّهُ إِذَا حُكِمَ بِالْقِصَاصِ ، ثُمَّ فَسَقَ الشَّاهِدَانِ ، اسْتَوْفَى . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .
قُلْنَا : الرُّجُوعُ أَعْظَمُ فِي الشُّبُهَةِ مِنْ طَرَيَانِ الْفِسْقِ ؛ لِأَنَّهُمَا يُقْرَأَنَّ شَهَادَتُهُمَا زُورٌ ،
وَأَنَّهُمَا كَانَا فَاسِقَيْنِ حِينَ شَهِدَا ، وَحِينَ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، وَهَذَا الَّذِي طَرَأَ فُسْقُهُ
لَا يَتَحَقَّقُ كَوْنُ / شَهَادَتِهِ كَذِبًا ، وَلَا أَنَّهُ كَانَ فَاسِقًا حِينَ أَدَّى الشَّهَادَةَ ، وَلَا حِينَ الْحُكْمِ
بِهَا ، وَهَذَا الْوَفَسَقُ بَعْدَ الْإِسْتِيفَاءِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، وَالرَّاجِعَانِ تَلَزَمَتْهُمَا غَرَامَةٌ مَا شَهِدَا بِهِ ،
فَافْتَرَقَا . وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مَالًا ، اسْتَوْفَى ، وَلَمْ يَنْقُضِ الْحُكْمُ ^(٥) . فِي قَوْلِ أَهْلِ الْفُتَيَانِ
عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ . وَحَكِيٍّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يَنْقُضُ
الْحُكْمُ ، وَإِنْ اسْتَوْفَى الْحَقُّ ؛ ^(٥) لِأَنَّ الْحَقَّ ^(٥) ثَبَتَ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَإِذَا رَجَعَا ، زَالَ مَا ثَبَتَ بِهِ

(١) في أ : بشروطه .

(٢-٣) في أ ، ب : بتوطن . تحريف . وفي م : يتعين .

(٣) في ب : استيفاؤه .

(٤) في ب ، م : حكمه .

(٥-٥) سقط من : ب ، م . نقل نظر .

الحكم ، فَنُقِضَ الحكمُ ، كما لو تَبَيَّنَ أنَّهما كانا كافرَيْن . ولنا ، أنَّ حقَّ المشهود له واجب له ، فلا يَسْقُطُ بقولهما ، كما لو ادَّعياه لأنفسهما ، يُحَقِّقُ هذا أنَّ حقَّ الإنسان لا يزُولُ إِلَّا بَيِّنَةً أو إقراره ^(٦) ، ورجوعهما ليس بشهادة ، ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ، ولا هو إقرار من صاحب الحق . وفارق ما إذا تَبَيَّنَ أنَّهما كانا كافرَيْن ؛ لأننا تَبَيَّنَّا أنَّه لم يوجد شرط الحكم ، وهو شهادة العدول ، وفي مسألتنا لم يتبين ذلك ؛ لجواز ^(٧) أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما ، وإنما كذبا في رجوعهما ، ويُفارق العقوبات ، حيث لا تُستوفى ^(٨) ؛ لأنها ^(٩) تُذَرُّ بالشبهات . الحال الثالث ، أن يَرَجعا بعد الاستيفاء ؛ فإنه لا يَنْطُلُ الحكم ، ولا يلزمُ المشهود له شيء ، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة ؛ لأنَّ الحكم قد تمَّ باستيفاء المحكوم به ، ووصول الحق إلى مُستحقِّه ، ويَرَجُعُ به على الشاهدَيْن ، ثم يُنظر ؛ فإن كان المشهود به إثلافاً في مثله القصاص ، كالقتل والجرح ^(١٠) ، نظرنا في رجوعهما ، فإن قالوا : عَمَدنا الشهادة عليه بالزور ؛ لِيُقْتَلَ أو يُقَطَّع . فعليهما القصاص . وهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو عبيد . وقال أصحاب الرأي : لا قَوْلَ عليهما ؛ لأنَّهما لم يُباشرا الإثلاف ، فأشبهها حافر البئر ، وناصب السكِّين ، إذا تَلَفَ بهما شيء . ولنا ، أنَّ عليا ، رضی الله عنه ، شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة ، فقطعه ، ثم عادا ، فقالا : أخطأنا ، ليس هذا هو السارق . فقال / على : لو عَلِمْتُ أنَّكما تَعَمَّدُما ، لَقَطَعْتُكما ^(١١) . ولا مُخَالَفَ له في الصحابة ، فيكون إجماعا ، ولأنَّهما تسببا إلى قتله أو قطعه ، بما يُفْضِي إليه غالبا ، فلزمَهما القصاص ، كالمُكْرِهِ ، وفارق الحفر ونصب السكِّين ، فإنه لا يُفْضِي إلى القتل غالبا . وقد ذكرنا هذه المسألة في القصاص ^(١٢) . فأما إن قالوا : عَمَدنا الشهادة عليه ، ولم ^(١٣) نعلم أنه يُقْتَلُ بهذا .

(٦) في م : « إقرار » .

(٧) في ا ، م : « بجواز » .

(٨) في الأصل : « يستويا » .

(٩) في م : « فإنها » .

(١٠) في ا : « والجراح » .

(١١) تقدم تخريجه ، في ٤٥٦/١١ .

(١٢) انظر ما تقدم في ٤٥٥/١١ ، ٤٥٦ .

(١٣) في م : « ولا » .

وكانا ممن يجوز أن يجهل^(١٤) ذلك ، وجبت الدية في أموالهما معلّظة ؛ لأنه شبه عمّد ، ولم تحمله العاقلة ؛ لأنه ثبت باعترافهما ، والعاقلة لا تحمّل اعترافاً . وإن قال أحدهما : عمدت قتله . وقال الآخر : أخطأت . فعلى العامد نصف دية معلّظة ، وعلى الآخر نصف دية مخففة ، ولا قصاص ، في الصحيح من المذهب ؛ لأنه قتل عمّد وخطأ . وإن قال كل واحد منهما : عمدت ، وأخطأ صاحبي . احتمل أن يجب القصاص عليهما ؛ لا اعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه . واحتمل وجوب الدية ؛ لأن كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً ، وهذا لا يوجب القصاص ، والإنسان إنما يؤاخذ بإقراره ، لا بإقرار غيره . فعلى هذا ، تجب عليهما دية معلّظة . وإن قال أحدهما : عمدنا جميعاً . وقال الآخر : عمدت ، وأخطأ صاحبي . فعلى الأول القصاص ، وفي الثاني وجهان ، كالتي قبلها . وإن قالوا جميعاً : أخطأنا معاً^(١٥) . فعليهما الدية مخففة في أموالهما ؛ لأن العاقلة لا تحمّل الاعتراف . وإن قال أحدهما : عمدنا معاً . وقال الآخر : أخطأنا معاً . فعلى الأول القصاص ، وعلى الثاني نصف دية مخففة ؛ لأن كل واحد منهما يؤاخذ بحكم إقراره . وإن قال كل واحد منهما : عمدت ، ولا أدرى ما فعل صاحبي . فعليهما القصاص ؛ لإقرار كل واحد منهما بالعمد . ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ؛ لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد ، لم يجب عليه قصاص ، وإنما يؤاخذ الإنسان بإقراره ، لا بإقرار صاحبه . وإن قال أحدهما : عمدت ، ولا أدرى ما قصد صاحبي . سئل صاحبه ، فإن^(١٦) قال : عمدت ، ولا أدرى ما قصد صاحبي . فهي كالتي قبلها . وإن قال : عمدنا معاً^(١٧) . فعليه القصاص ، وفي الأول وجهان . وإن قال : أخطأت ، أو أخطأنا . فلا قصاص على واحد منهما . / وإن جهل حال الآخر ، بأن ١١٥/١١ و يُجنّ ، أو يموت ، أو لا يُقدّر عليه ، فلا قصاص على المقرّ ، وعليه نصيبه من الدية المعلّظة .

(١٤) في م : « يجهل » .

(١٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٦) سقط من : ا ، م .

(١٧) في ا ، ب : « فإذا » .

(١٨) سقط من : الأصل ، ا ، م .

فصل : وإن رجع أحد الشاهدين وحده ، فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما ، في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما ، إذا كان رجوعه ^(١٩) قبل الحكم ، وفي أنه لا يستوفي العقوبة إذا رجع ^(٢٠) قبل استيفائها ؛ لأن الشرط يختل برجوعه ، كاختلاله برجوعهما . وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء ، لزمه حكم إقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص ، وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة ، وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ ، وجب عليه نصيبه من الدية المخففة . وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية ، أو القصاص ، ونحوه ، ^(٢١) مما يثبت ^(٢٢) بشاهدين ، أو أكثر من أربعة ، فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء ^(٢٣) ، لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ؛ لأن ما بقي من البينة كاف في إثبات الحكم واستيفائه . وإن رجع بعد الاستيفاء ، فعليه القصاص إن أقر بما يوجب ، أو قسطه من الدية ، أو من المقوت بشهادتهم إن كان غير ذلك . وفي ذلك اختلاف سندكره ، إن شاء الله تعالى .

١٩١٩ - مسألة ؛ قال : (وإن كانت شهادتهما بمال ، غرماء ، ولم يرجع به على المحكوم له به ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً)

أما كونه لا يرجع به ^(١) على المحكوم له ^(٢) به ، فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سوى ما حكيناه عن سعيد بن المسيب ، والأوزاعي ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى ^(٣) . فأما الرجوع به على / الشاهدين ، فهو قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، ^{١١٥/١١} وأصحاب الرأي ، وهو قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد : لا يرجع عليهما بشيء ، إلا أن يشهدا بعنق عبد ، فيضمننا قيمته ؛ لأنه لم يوجد منهما إثلاف للمال ، ولا يد عادية عليه ، فلم يضمننا ، كما لو ردت شهادتهما . ولنا ، أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق ، وحالاً

(١٩-١٩) سقط من : ١ .

(٢٠-٢٠) في ١ ، ب ، م : « فثبت » .

(٢١) في الأصل : « أو الاستيفاء » .

(١) سقط من : ١ .

(٢) تقدم في : صفحة ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

بينه وبينه ، فلزمهما الضمان ، كما لو شهدا بعنقه ، ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها ، فأشبهه^(٣) ما لو شهدا بحرّيته ؛ ولأنهما تسببا إلى إثلاف حقّه بشهادتهما بالزور عليه ، فلزمهما الضمان ، كشاهدي القصاص . يُحقّق هذا ، أنّه إذا ألزمهما القصاص الذي يُدْرَأ بالشبهات ، فوجوب المال أولى . وقولهم : إنهما ما أثلّفا المال . يُبطل بما إذا شهدا بعنقه ، فإن الرّق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور ، وإنّما حالاً بين سيده وبينه ، وفي موضع إثلاف المال ، فهما تسببا إلى تلّفه ، فيلزمهما ضمان مائلّف بسببهما ، كشاهدي القصاص ، وشهود الزنى ، وحافر البئر ، وناصب السكين .

١٩٢٠ - مسألة ؛ قال : (وإن كان المحكوم به عبداً أو أمة ، غرماً قيمته)

أمّا إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير مالِكهما^(١) ، فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال ، على ما ذكرنا من الخلاف فيه ؛ لأنّهما^(٢) من جملة المال . وإن شهدا بحرّيتهما ، ثم رجعا عن الشهادة ، لزمهما غرامة قيمتهما لسيدّهما ، بغير خلاف بينهم فيه ، فإنّ المخالف في التي قبلها هو الشافعي ، وقد وافق ههنا ، وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحرّيته ، كإخراجه عنها بالشهادة به لغير مالِكه ، فإذا ألزمه الضمان ثمّ ، لزمه ههنا ، وغرماً القيمة ؛ لأنّ العبد^(٣) من المتقومات^(٤) ، لا من ذوات الأمثال .

فصل : وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به ، فحكم الحاكم بالفرقة ، ثم رجعا عن الشهادة ، وكان / قبل الدخول ، فالواجب عليهما نصف المسمى . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : يجب مهر المثل ؛ لأنّهما أثلّفا عليه البضع ،

(٣) في الأصل : « فأشبهها » .

(١) في ١ ، ب ، م : « مالِكه » .

(٢) في ١ ، م : « لأنّها » .

(٣) في ب ، م : « العبد » .

(٤) في الأصل : « المقومات » .

فلزِمَهما عِوَضُهُ ، وهو مَهْرُ المِثْلِ . وفي القول الآخر ، يَلْزِمُهُما^(٥) نصفُ مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّهُ إنَّما مَلَكَ نِصْفَ البُضْعِ ، بدليل أَنَّهُ إنَّما يَجِبُ عليه نِصْفُ المَهْرِ . ولنا ، أَنَّ خُرُوجَ البُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ ؛ بدليل ما لو أَخْرَجْتَهُ مِنْ مِلْكِهِ بِرِدَّتِهَا ، أو إِسْلَامِهَا ، أو قَتْلِهَا نَفْسَهَا ، فَإِنَّهَا لَا تَضْمَنُ شَيْئاً . ولو فَسَخَتْ نِكَاحَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، بِرِضَاعٍ مَنْ يَنْفَسِخُ بِهِ نِكَاحُهَا ، لَمْ يَعْرِمْ شَيْئاً ، وَإِنَّمَا يَجِبُ^(٦) عليهما^(٧) نصفُ المُسَمَّى ؛ لأنَّهُما أَلْزَمَاهُ للزَّوْجِ بِشَهادَتِهِما ، وَقَرَّرَاهُ عليه ،^(٨) فَرَجَعَ عليهما^(٩) ، كما يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ فَسَخَ نِكَاحَهُ بِرِضَاعٍ أو غَيْرِهِ . وقوله : إِنَّهُ مَلَكَ نِصْفَ البُضْعِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ البُضْعَ لَا يَجُوزُ تَمْلِكُهُ^(١٠) نِصْفُهُ ، وَلأنَّ العَقْدَ وَرَدَ عَلَى جَمِيعِهِ ، وَالصَّدَاقَ وَاجِبٌ جَمِيعُهُ ، وَهَذَا تَمْلِكُهُ المَرْأَةُ إِذَا قَبَضَتْهُ ، وَنَمَّاءُهَا ، وَتَمْلِكُ طَلَبَهُ إِذَا لَمْ تَقْبِضْهُ ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ نِصْفُهُ بِالطَّلَاقِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الحُكْمُ بِالْفُرْقَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَلَا ضَمَانَ عليهما . وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ .^(١١) وعن أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، عليهما ضَمَانُ المُسَمَّى فِي الصَّدَاقِ ؛ لأنَّهُما قَوَّتا عليه نِكَاحًا وَجَبَ عَلَيْهِ بِهِ عِوَضٌ ، فَكَانَ عليهما ضَمَانُ ما وَجَبَ بِهِ ، كما لو شَهِدَا بِذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ^(١٢) . وقال الشافعي : يَلْزِمُهُما لَهُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّهُما أَتَلَفَا البُضْعَ عَلَيْهِ . وقد سَبَقَ الكلامُ مَعَهُ فِي هَذَا ، وَلَا يَصِحُّ القِياسُ عَلَى ما قَبْلَ الدُّخُولِ ؛ لأنَّهُما قَرَّرَا عَلَيْهِ نِصْفَ المُسَمَّى ، وَكَانَ بَعْضُ^(١٣) السَّقُوطِ ، وَهَهُنَا قَدْ تَقَرَّرَ المَهْرُ كُلُّهُ^(١٤) بالدُّخُولِ ، فَلَمْ يُقَرَّرَا عَلَيْهِ شَيْئاً وَلَمْ يُخْرِجَا عَنْ^(١٥) مِلْكِهِ مُتَقَوِّمًا ، فَأَشْبَهَ ما لو أَخْرَجَاهُ مِنْ مِلْكِهِ بِقَتْلِهَا ، أو أَخْرَجْتَهُ هِيَ بِرِدَّتِهَا .

(٥) في ب ، م : « لزمهما » .

(٦) في م : « وجب » .

(٧) سقط من : أ .

(٨-٨) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٩) في أ : « أن يملك » .

(١٠-١٠) ورد هذا في الأصل ، بعد قوله : « وبهذا قال أبو حنيفة » . السابق في أول الفصل .

(١١) في ب : « يعرض » . وفي م : « يعرض » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في أ ، ب ، م : « من » .

فصل : وإن شهدا على امرأة بنكاح ، فحكّم به الحاكم ، ثم رجعا ، نظرت ؛ فإن طلقها الزوج قبل دُخوله بها ، لم يغرما شيئا ؛ لأنهما لم يُقوّتا عليها شيئا . وإن دخل / ١١٦/١١ ظ بها ، وكان الصداق المُسمّى بقدر مهر المثل ، أو أكثر منه ، ووصل إليها ، فلا شيء عليهما ؛ لأنها أخذت عوض ما قوّتاه عليها ، وإن كان دونه ، فعليهما ما بينهما ، وإن لم يصل إليها^(١٤) ، فعليهما ضمان مهر مثلها ؛ لأنه عوض ما قوّتاه عليها .

فصل : وإن شهدا بكتابة عبده ، ثم رجعا ، نظرت ؛ فإن عجز ، ورُد في الرّق ، فلا شيء عليهما . وإن أدّى ، وعتق ، فعليهما ضمان جميعه ؛ لأنهما قوّتاه عليه بشهادتهما ، ويَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُمَا مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ وَمَا قَبَضَهُ مِنْ كِتَابَتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، فَلَا يَحْسَبُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَرَادَ تَغْرِيمَهُمَا^(١٥) قَبْلَ انْكِشَافِ الْحَالِ ؛ فَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرِّمَهُمَا مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ سَلِيمًا وَمُكَاتَبًا . وَإِنْ شَهِدَا بِاسْتِيلَادِ امْتِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْهِمَا بِمَا نَقَصَتْهَا الشَّهَادَةُ مِنْ قِيَمَتِهَا . وَإِنْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ، رَجَعَ الْوَرِثَةُ بِمَا بَقِيَ مِنْ قِيَمَتِهَا .

فصل : وكلُّ موضعٍ وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، فإنه^(١٦) يُوزَعُ بينهم على عددهم ، قَلُوا أو كَثُرُوا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا شَهِدَ بِشَهَادَةٍ ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَدْ أَتْلَفَ مَالًا ، فَإِنَّهُ ضَامِنٌ بِقَدْرِ مَا كَانُوا فِي الشَّهَادَةِ ، فَإِنْ كَانُوا اثْنَيْنِ ، فَعَلَيْهِ^(١٧) النِّصْفُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً ، فَعَلَيْهِ^(١٧) الثُّلُثُ . وَعَلَى هَذَا كَانُوا عَشْرَةً ، فَعَلَيْهِ الْعُشْرُ ، وَسَوَاءٌ رَجَعَ وَحْدَهُ ، أَوْ رَجَعُوا جَمِيعًا ، وَسَوَاءٌ رَجَعَ الرَّائِدُ عَنِ الْقَدْرِ الْكَافِي فِي الشَّهَادَةِ ، أَوْ مَنْ لَيْسَ بِرَائِدٍ ، فَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةً بِالْقِصَاصِ ، فَرَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، وَقَالَ : عَمَدْنَا قَتْلَهُ . فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَإِنْ قَالَ : أَخْطَأْنَا فَعَلَيْهِ رُبْعُ الدِّيَةِ . وَإِنْ رَجَعَ اثْنَانِ ، فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ شَهِدَ سِتَّةً بِالزُّنَى عَلَى مُحْصَنٍ ، فَرَجَعَ بِشَهَادَتِهِمْ ، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، أَوْ سُدُسُ الدِّيَةِ . وَإِنْ رَجَعَ اثْنَانِ ، فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ أَوْ ثُلُثُ الدِّيَةِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَجَعَ وَاحِدٌ أَوْ اثْنَانِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةً

(١٤) في ا ، ب ، م : « إليها » .

(١٥) في ا ، م زيادة : « بشهادتهما ويحتمل أن يلزمهما » . تكرر .

(١٦) في م : « وجب أن » .

(١٧) (١٧-١٧) سقط من : ا . نقل نظر .

الزُّنَى / قائمة ، فَدَمُهُ غَيْرُ مَحْقُوقٍ . وَإِنْ رَجَعَ ثَلَاثَةً ، فَعَلَيْهِمْ رُبْعُ الدَّيَّةِ . وَإِنْ رَجَعَ أَرْبَعَةً ، فَعَلَيْهِمْ نِصْفُ الدَّيَّةِ . وَإِنْ رَجَعَ خَمْسَةً ، فَعَلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا . وَإِنْ رَجَعَ سِتَّةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سُدُسُهَا . وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ فِيهَا إِذَا رَجَعَ اثْنَانِ ، كَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِيهَا إِذَا شَهِدَ بِالْقِصَاصِ ثَلَاثَةً ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ، فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ ^(١٨) : لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْقِصَاصِ قَائِمَةٌ ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدَّيَّةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ ^(١٩) : عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّاجِعِ مِنْ شُهُودِ الزُّنَى إِذَا كَانَ زَائِدًا ، بِأَنَّ ^(٢٠) دَمَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِالزُّنَى غَيْرُ مَحْقُوقٍ ، وَهَذَا دَمُهُ مَحْقُوقٌ . وَإِنَّمَا أُبَيِّحَ دَمُهُ لَوْلَى الْقِصَاصِ وَحْدَهُ . وَاخْتَلَفُوا فِيهَا إِذَا شَهِدَ بِالْمَالِ ثَلَاثَةً ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ، عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنُ الثَّلَاثَ . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِثْلَافَ حَصَلَ بِشَهَادَتِهِمْ ، فَالرَّاجِعُ مُقَرَّرٌ بِالْمُشَارَكَةِ فِيهِ عَمْدًا عُدْوَانًا لَمَنْ هُوَ مِثْلُهُ فِي ذَلِكَ ، فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِمُشَارَكَتِهِمْ فِي مُبَاشَرَةِ قَتْلِهِ ، وَلَئِنَّ أَحَدًا مَنِ قُتِلَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ ، فَأَشَبَّهَ الثَّانِي مِنَ شُهُودِ الْقِصَاصِ ، وَالرَّابِعُ مِنَ شُهُودِ الزُّنَى ، وَلَئِنَّ أَحَدًا مَنِ حَصَلَ الْإِثْلَافُ بِشَهَادَتِهِ ، فَلَزِمَهُ مِنَ الضَّمَانِ بِقِسْطِهِ ، كَمَا لَوْ رَجَعَ الْجَمِيعُ ، وَلَئِنْ مَا تَضَمَّنَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مَعَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى الرَّجُوعِ ، يَضْمَنُهُ إِذَا انْفَرَدَ بِالرُّجُوعِ ، كَمَا لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ دَمَهُ غَيْرُ مَحْقُوقٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْكَلَامَ فِيهَا إِذَا قُتِلَ ، وَلَمْ يَتَّقِ لَهُ دَمٌ يُوصَفُ بِحَقِّهِ وَلَا عَدَمِهِ ، وَقِيَامُ الشَّهَادَةِ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ لِرَجُلٍ بِاسْتِحْقَاقِ الْقِصَاصِ ، فَاسْتَوْفَاهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِأَنَّهُ قَتَلَهُ ظُلْمًا ، وَأَنَّ الشُّهُودَ ^(٢١) « شُهُودُ زُورٍ » . وَالتَّفْرِيقُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالرَّجْمِ بِكَوْنِ دَمِ الْقَاتِلِ غَيْرِ مَحْقُوقٍ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُوقٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ قَتَلَهُ ، وَلَئِنْ كُلُّ / وَاحِدٍ مُوَاخِذٌ بِإِقْرَارِهِ . وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ شَرِيكِهِ ، وَهَذَا لَوْ أَقَرَّ

(١٨) أَى : الشَّارِزَى ، إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ يُونُسَ ، أَحَدُ كِبَارِ الْفُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ ، وَصَاحِبِ التَّصَانِيفِ ، تَوَفَّى سَنَةَ سِتِّ وَسَبْعِينَ وَأَرْبَعِمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ الْكُبْرَى ٤ / ٢١٥ - ٢٥٦ .
(١٩) أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ ، ابْنُ الْحَدَّادِ ، الْمَصْرِيُّ ، الشَّافِعِيُّ الْإِمَامُ ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ وَثَلَاثِمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ الْكُبْرَى ٣ / ٧٩ - ٩٨ .
(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « فَإِنْ » .
(٢١) (٢١ - ٢٢) فِي ب ، م : « شُهُودُ بِالزُّورِ » .

أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بَعْمِدَهُمَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَخْطَأْنَا . وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمُقَرِّ بِالْعَمْدِ .

فصل : وإذا حَكَمَ الحاكمُ في المالِ بِشهادةِ رجلٍ وامرأتين ، ثم رَجَعُوا عن الشهادة ، تَوَزَّعَ الضَّمَانُ عَلَيْهِم ، عَلَى الرَّجُلِ نِصْفُهُ ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ رُبْعُهُ . وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمْ وَخَذَهُ ، فَعَلِيهِ مِنَ الضَّمَانِ حَصَّتُهُ . وَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ رَجُلًا وَعَشْرَ نِسْوَةٍ ، فَرَجَعُوا ، فَعَلِيَ الرَّجُلِ السُّدُسُ ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ نِصْفُ السُّدُسِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ كَرَجُلٍ ، فَالْعَشْرُ كَخَمْسَةِ رِجَالٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِنَّ النِّصْفُ ، وَعَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ نِصْفُ الْبَيِّنَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ رَجَعَ وَخَذَهُ بَعْدَ الْحُكْمِ ، كَانَ كَرَجُوعِهِنَّ كُلَّهِنَّ ، فَيَكُونُ الرَّجُلُ حِزْبًا وَالنِّسَاءُ حِزْبًا . فَإِنْ رَجَعَ بَعْضُ النِّسْوَةِ وَخَذَهُ ، أَوِ الرَّجُلُ ، فَعَلِيَ الرَّاجِعُ مِثْلُ مَا عَلَيْهِ إِذَا رَجَعَ الْجَمِيعُ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، مَتَى رَجَعَ مِنَ النِّسْوَةِ مَا زَادَ عَلَى اثْنَيْنِ ، فَلَيْسَ عَلَى الرَّاجِعَاتِ شَيْءٌ ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ مَعَهُمْ ^(٢٢) فِي هَذَا .

فصل : وإذا شَهِدَ أَرْبَعَةً بِأَرْبَعِمَائَةٍ ، فَحَكَمَ الحاكمُ بِهَا ، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ عَنْ مَائَةٍ ، وَآخَرُ عَنْ مَائَتَيْنِ ، وَالثَّالِثُ عَنْ ثَلَاثِمَائَةٍ ، وَالرَّابِعُ عَنْ أَرْبَعِمَائَةٍ ، فَعَلِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِمَّا رَجَعَ عَنْهُ بِقِسْطِهِ ؛ فَعَلِيَ الْأَوَّلُ خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ ، وَعَلَى الثَّانِي خَمْسُونَ ، وَعَلَى الثَّالِثِ : خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، وَعَلَى الرَّابِعِ : مَائَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُقَرَّرٌ بِأَنَّهُ قَوَّتَ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ رُبْعَ مَا رَجَعَ عَنْهُ . وَيَقْتَضِي مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنْ لَا يَلْزَمَ الرَّاجِعُ عَنْ الثَّلَاثِمَائَةِ وَالْأَرْبَعِمَائَةِ أَكْثَرُ مِنْ خَمْسِينَ خَمْسِينَ ^(٢٣) ؛ لِأَنَّ الْمَائَتَيْنِ الَّتِي رَجَعَا عَنْهُمَا قَدْ بَقِيَ بِهَا شَاهِدَانِ .

فصل : وإذا شَهِدَ أَرْبَعَةً بِالزُّنَى ، وَاثْنَانِ بِالْإِحْصَانِ ، فَرُجِمَ ، ثُمَّ رَجَعُوا عَنْ الشَّهَادَةِ ، فَالضَّمَانُ عَلَى جَمِيعِهِمْ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا ضَمَانُ عَلَى شُهُودِ الْإِحْصَانِ ؛ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالشَّرْطِ دُونَ السَّبَبِ الْمَوْجِبِ لِلْقَتْلِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ الزُّنَى . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجُهَانُ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنْ قَتَلَهُ حَصَلَ بِمَجْمُوعِ الشَّهَادَتَيْنِ ، فَجَبُّ الْغَرَامَةِ عَلَى الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوْ شَهِدُوا جَمِيعُهُمْ بِالزُّنَى . وَفِي

(٢٢) في م : « منهم » .

(٢٣) في م زيادة : « لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة » .

كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُوزَّعُ عَلَيْهِمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، كَشُهُودِ الزَّئِي ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ مِنْ جَمِيعِهِمْ . وَالثَّانِي ، عَلَى شُهُودِ الزَّئِي النَّصْفُ ، وَعَلَى شُهُودِ الْإِخْصَانِ النَّصْفُ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٢٤) حِزْبَانِ ، فَلِكُلِّ حِزْبٍ نِصْفٌ . فَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزَّئِي ، وَشَهِدَ ^(٢٥) اثْنَانِ مِنْهُمَا بِالْإِخْصَانِ ، ثُمَّ رَجَعُوا ، فَعَلِيَ الْوَجْهَ الْأَوَّلُ ، عَلَى شَاهِدِي الْإِخْصَانِ الثَّلَاثَيْنِ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّ عَلَى شَاهِدِي الْإِخْصَانِ الثَّلَاثُ ، لَشَهَادَتِهِمَا بِهِ ، وَالثَّلَاثُ لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّئِي ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ ؛ لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّئِي وَحْدَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، عَلَى شُهُودِ الْإِخْصَانِ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمَا النَّصْفَ لَشَهَادَتِهِمَا بِالْإِخْصَانِ ، وَنِصْفَ الْبَاقِي لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّئِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى شَاهِدِي الْإِخْصَانِ إِلَّا النَّصْفُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَنَى جَنَاتَيْنِ ، وَجَنَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ جَنَايَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَتِ الدِّيَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، لَا عَلَى عَدَدِ جَنَايَاتِهِمْ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ اثْنَانِ وَاحِدًا ، جَرَّحَهُ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ عَلَى ضَمَانٍ مِائَةِ دَرَاهِمٍ ، وَقِيمَةُ الْعَبْدِ مِائَتَانِ ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، ثُمَّ رَجَعَا ، رَجَعَ السَّيِّدُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمَامُ الْقِيمَةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ ^(٢٦) شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ^(٢٧) قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى مِائَةٍ ، وَنِصْفُ الْمُسَمَّى مِائَتَانِ ، غَرِمَا لِلزَّوْجِ مِائَةٌ ؛ لِأَنَّهُمَا قَوَّاهَا بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا .

فصل : وَإِذَا ^(٢٨) شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ بِنِكَاحٍ / امْرَأَةٍ ، بِصَدَاقٍ ذَكَرَاهُ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ بِدُخُولِهِمَا ، ثُمَّ رَجَعُوا بَعْدَ الْحَكْمِ عَلَيْهِ بِصَدَاقِهَا ، فَعَلِيَ شُهُودُ النِّكَاحِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُمُ الزَّمُوهُ الْمُسَمَّى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِمُ النَّصْفُ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ النَّصْفُ ؛ لِأَنَّهُمَا قَرَّرَاهُ ، وَشَهِدَا النِّكَاحَ أَوْجِبَاهُ ، فَقُسِمَ بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا . وَإِنْ شَهِدَ مَعَ هَذَا شَاهِدَانِ بِالطَّلَاقِ ، لَمْ يَلْزَمْهُمَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُقَوِّا عَلَيْهِ شَيْئًا يَدَّعِيهِ ، وَلَا أَوْجَبَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَاجِبًا .

(٢٤) فِي ١ : « لَأَنَّهُمَا » .

(٢٥) سَقَطَ : « شَهِدَ » مِنْ : م .

(٢٦) فِي ب ، م : « لَوْ » .

(٢٧) فِي م : « زَوْجَتِهِ » .

(٢٨) فِي ١ ، ب : « وَإِنْ » .

فصل : وإذا^(٢٩) شهد شاهدان فرج على شاهدَي أصل ، فحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم رجع شاهد الفرع ، فعليهما الضمان . لا أعلم بينهم في ذلك خلافاً . وإن رجع شاهد الأصل وحدهما ، لزمتهم الضمان أيضاً . وبه قال الشافعي ، ومحمد بن الحسن . وحكى أبو الخطاب ، عن القاضي ، أنه لا ضمان عليهما . وهو قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف ؛ لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدَي الفرع ، بدليل أنهما جعلتا شهادة شاهدَي الأصل شهادة ، لم يلزم شاهدَي الأصل^(٣٠) ضمان ، لعدم تعلق الحكم بشهادتهما . ولنا ، أن الحق ثبت بشهادة شاهدَي الأصل^(٣١) ؛ بدليل اعتبار عدالتهما ، فإذا رجعا ، ضمنا ، كشاهدَي الفرع .

فصل : وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ، غرم جميع المال . نص عليه أحمد ، في رواية جماعة . وقال مالك ، والشافعي : يلزمه النصف ؛ لأنه أحد حجتَي الدعوى ، فكان عليه^(٣٢) النصف كما لو كانا شاهدين . ولنا ، أن الشاهد حجة الدعوى ، فكان الضمان عليه^(٣٣) كالشاهدين . يُحققه أن اليمين قول الخصم ، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه ، وإنما هو شرط الحكم ، فجرى مجرى مطالبة الحاكم بالحكم ، وهذا ينفصل عما ذكره . ولو سلمنا أنها حجة ، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته ، بخلاف شهادة الشاهد الآخر . / قال أبو الخطاب : ١١٩/١١ ويتخرج أن لا يلزمه إلا نصف^(٣٤) المحكوم به ، إذا قلنا : تُرد اليمين على المدعى .

فصل : وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم ، وقالوا : عمدنا . وجب عليهم القصاص ، لم يُعزروا^(٣٥) ؛ لأن القصاص يُعنى عن تعزيرهم . وإن كان في مال ، عزروا ، وعزموا ؛ لأنهم جنوا جناية كبيرة ، وارتكبوا جريمة عظيمة ، وهي شهادة الزور . ويحتمل

(٢٩) في ١ ، ب : « وإن » .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣١-٣٢) سقط من : ١ . نقل نظر . ومكانه فيها : « الضمان » .

(٣٢) في ١ ، ب ، م : « النصف » .

(٣٣) في ١ ، ب ، م : « يعزر » .

أن لا يُعزَّروا ؛ لأن رجوعهم توبة منهم ، فيسقط عنهم التعزير ، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه ، فلا يُشرع . وإن قالوا : أخطأنا . لم يُعزَّروا ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (٣٤) . هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطأ ، وإن لم يحتمله (٣٥) ، عزَّروا ، ولم يقبل قولهم .

١٩٢١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَطَعَ الْحَاكِمُ يَدَ السَّارِقِ ، بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، ثُمَّ بَانَ أَكْثَرُهُمَا كَافِرَانِ ، أَوْ فَاسِقَيْنِ ، كَانَتْ دِيَّةُ الْيَدِ فِي بَيْتِ الْمَالِ)

وجملته أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين ، في قطع أو قتل ، وأنفذ ذلك ، ثم بان أنهما كافران ، أو فاسقان ، أو عبدان ، أو أحدهما ، فلا ضمان على الشاهدين ؛ لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما ، بخلاف الراجعين عن الشهادة ، فإنهما اعترفا بكذبهما ، ويجب الضمان على الحاكم ، أو الإمام الذي تولى ذلك ؛ لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ، ولا قصاص عليه ؛ لأنه مُحْطِيٌّ ، وتجب الدية ، وفي محلها روايتان ؛ إحداهما ، في بيت المال ؛ لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم ، وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ؛ ولأن خطأ الحاكم يكثر ، لكثرة (١) تصرفاته وحكوماته ، فيجب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم ، فاقترض ذلك التخفيف عنه ، بجعله في بيت المال ، ولهذا / المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل . والرواية الثانية ، هي على عاقلته مُحَفَّفَةٌ مُوجَلَّةٌ ؛ لما روى أن امرأة دُكِرَتْ عند عمر بسوء ، فأرسل إليها ، فأجهضت ذابطنها ، فبلغ ذلك عمر ، فشاوَرَ الصحابة ، فقال بعضهم : لا شيء عليك ، إنما أنت مُؤدَّبٌ . وقال علي : عليك الدية . فقال عمر : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَا تَبْرَحَ حَتَّى تُقَسِّمَهَا عَلَى قَوْمِكَ (٢) . يعنى قريشاً ؛

(٣٤) سورة الأحزاب ٥ .

(٣٥) في ب : « يحتمل » .

(١) في الأصل : « بكثرة » .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٥/١٢ .

لأنَّهم^(٣) عاقلةٌ عمر^(٤) ، ولو كانت في بيت المال ، لم يُقسَّمْها على قَوْمِه ، ولأنَّه من خَطِّاهُ ، فتَحَمَّلَه عاقِلته . كخَطِّاهُ في غير الحُكُومَةِ . وللشافعي قولان ، كالروایتين . فإذا قلنا : إنَّ الدَّيَّةَ على عاقِلته . لم تَحْمِلْ إِلَّا الثُّلثَ فصاعداً ، ولا تَحْمِلْ الكَفَّارَةَ ؛ لأنَّ العاقلة لا تَحْمِلْ الكَفَّارَةَ في محلِّ الوفاق ، كذا هُنا ، وتكون الكَفَّارَةُ في ماله . وإذا قلنا : إنَّه في بيت المال . فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير ؛ لأنَّ جعله في بيت المال لعلَّه نائِبٌ عنهم ، وخَطُّ النَّائِبِ على مُسْتَنبِيهِ ، وهذا يدخل فيه^(٥) القليل والكثير ، ولكونه^(٦) يكثرُ خَطُّوه ، فجعل الضَّمانَ في ماله يُجحفُ به وإن قلَّ ، لكثرة تكرُّره ، وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه ، أو أمرَ مَنْ تولَّاه . قال أصحابنا : وإن كان الوليُّ استوفاه ، فهو كما لو استوفاه الحاكم ؛ لأنَّ الحاكم سَلَطَه على ذلك ، ومكَّنَه منه ، والوليُّ يدَّعي أنَّه حقُّه . فإن قيل : فإذا كان الوليُّ استوفى حقَّه ، فينبغي أن يكون الضَّمانُ عليه ، كما لو حكَمَ له بمالٍ فقَبَضَه ، ثم بان فسقُ الشَّهودِ^(٧) ، كان الضَّمانُ على المُستوفى دون الحاكم ، كذا هُنا . قلنا : ثمَّ حصل في يد المُستوفى مالُ المحكوم عليه بغير حقٍّ ، فوجبَ عليه ردُّه أو ضَمَانُهُ إن تَلَفَ^(٨) ، وهُنا لم يحصل في يده شيءٌ ، وإنَّما أتلَفَ شيئاً بخطأ الإمام وتسليطه عليه ، فافترقا .

فصل : وإن شهد بالزَّنى أربعة ، فزكَّاهم اثنان ، فَرَجَمَ / المشهودُ عليه ، ثم بان أنَّ الشُّهودَ فسقةٌ ، أو عبيدٌ ، أو بعضُهم ، فلا ضَمانَ على الشُّهودِ ؛ لأنَّهم يزعمون أنَّهم مُحَقَّقون ، ولم يُعلَمْ كذبُهم يَقيناً ، والضَّمانُ على المُزَكِّيِّين . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال القاضي : الضَّمانُ على الحاكم ؛ لأنَّه حكَمَ بقتله من غير تحقُّقٍ شرطيِّه ، ولا ضمانَ على المُزَكِّيِّين ؛ لأنَّ شهادتهما شرطٌ ، وليست الموجبة . وقال أبو الخطاب ، في « رُءُوسِ المسائل » : الضَّمانُ على الشُّهودِ الذين شهدوا بالزَّنى . ولنا ، أنَّ المُزَكِّيِّين شهدوا بالزُّور شهادةً أَفْضَتْ إلى قَتْلِهِ ، فلزَمَهما الضَّمانُ ، كشُّهودِ الزَّنى إذا

(٣-٣) في الأصل : « عاقلته » .

(٤-٤) في م : « فيما » .

(٥) في م : « شهوده » .

(٦) في ب ، م : « أتلَف » .

رَجَعُوا ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ إِحَالَةَ الضَّمَانِ عَلَى الشُّهُودِ ، فَأَشَبَّهُ مَا إِذَا رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ . وَقَوْلُهُ : إِنَّ شَهَادَتَهُمْ شَرْطٌ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلَانَا أَنَّ شُهُودَ الْإِحْصَانِ يَلْزُمُهُمُ الضَّمَانُ ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالسَّبَبِ . وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَوْلُ أُمَيِّ بْنِ الْحِطَّابِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ شُهُودَ الرَّئْيِ لَمْ يَرْجِعُوا ، وَلَا عُلِمَ كَذِبُهُمْ ، بِخِلَافِ الْمُزَكِّيِّينَ ؛ فَإِنَّهُ تَبَيَّنَ كَذِبُهُمْ ، وَأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالزُّورِ . وَأَمَّا إِنْ تَبَيَّنَ فِسْقُ الْمُزَكِّيِّينَ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْهُ ، حَيْثُ قَبْلَ شَهَادَةِ فَاسِقٍ مِنْ غَيْرِ تَزْكِيَةٍ وَلَا بَحْثٍ ، فَيَلْزِمُهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ قَبْلَ شَهَادَةِ شُهُودِ الرَّئْيِ مِنْ غَيْرِ تَزْكِيَةٍ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ فِسْقُهُمْ .

فصل : ولو جلد الإمام إنساناً بشهادة شهود ، ثم بان أنهم فسقة ، أو كفرة ، أو عبث ، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر^(٧) الضرب . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه . ولنا ، أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام ، فكانت مضمونة عليه ، كما لو قطعه أو قتله .

فصل : ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ، ثم بان أنهما فاسقان ، أو كافران ، ^{١٢٠/١١} ظ فإن الإمام ينقض حكمه ، ويرد المال / إن كان قائماً ، وعوضه إن كان تالفاً . فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره ، فعلى الحاكم ضمانه ، ثم يرجع على المشهود له . وعن أحمد ، رواية أخرى ، لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ، ويعزم الشهود المال ، وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ، ففيه الروايتان^(٨) . واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضاً . ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين ، وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين ، فنقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين ، فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها ، وقد نص الله تعالى على التبيين فيها ، فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾^(٩) . وأمر

(٧) سقط من : ب .

(٨) في ب ، م : « روايتان » . وبعده في ب ، م زيادة : « ولا يغرر الشهود بالمال وكذلك الحاكم إذا شهد » . خطأ وتكرار .

(٩) سورة الحجرات ٦ .

بإشهاد العدول . وقال سبحانه : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ^(١٠) . واعتبر الرضى بالشهداء ، فقال تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ ^(١١) . فيجب نقض الحاكم لفوات العدالة ، كما يجب نقضه لفوات الإسلام ؛ ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه ، فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم ، وجب نقض الحاكم ، كالكفر والرق في العقوبات . إذا ثبت هذا ، فإن أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين ، لا قبل الحكم ولا بعده . ومتى جرح المشهود عليه ^(١٢) البينة ، لم تسمع بيئته بالفسق ، ولكن يسأل عن الشاهدين ، ولا تسمع على الفسق شهادة ؛ لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد ، فلا تسمع فيه الدعوى والبينة . ولنا ، أنه معنى يتعلق الحكم به ، فسمعت فيه الدعوى والبينة ، كالتزكية . وقوله : لا يتعلق به حق أحد . ممنوع ؛ فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه ^(١٣) في منع الحكم عليه قبل الحكم ، ونقضه بعده ، وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق ، فوجب أن تسمع فيه / الدعوى ^(١٤) والبينة ، كما لو ادعى رق الشاهد ^(١٥) ولم يدعه لنفسه ؛ ولأنه إذا لم تسمع البينة بالفسق ^(١٦) ، أدى إلى ظلم المشهود عليه ؛ لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين إلا شهود المشهود عليه ، فإذا لم تسمع شهادتهم ، وحكم عليه بشهادة الفاسقين ، كان ظالمه . فأما إن قامت البينة أنه حكم بشهادة الدين ، أو ولدين ، أو عدوين ، نظر ^(١٧) في الحاكم الذي حكم بشهادتهما ، فإن كان ممن يرى الحكم به ، لم ينقض حكمه ؛ لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ، ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً . وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم ، نقضه ؛ لأن الحاكم به يعتقد بطلانه . والفرق بين المال والإثلاف ، أن المال إن كان باقياً ، وجب رده إلى صاحبه ؛ لأن كل واحد أحق بماله . وإن كان تالفاً ،

(١٠) سورة الطلاق ٢ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) في الأصل زيادة : « دعا » .

(١٣) في ١ : « بنفسه » .

(١٤) في م : « الشاهدين » .

(١٥) في م : « الفسق » .

(١٦) في م : « نظراً » .

وَجَبَ ضَمَانُهُ عَلَى آخِذِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ، وَلَا اسْتِحْقَاقٍ لِأَخْذِهِ . أَمَّا
 الْإِثْلَافُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ ^(١٧) فِي يَدِ الْمُتْلِفِ شَيْءٌ يَرُدُّهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَضَمُّينُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَتْلَفَهُ
 بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَتَسْلِيطِهِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ لَا يَقْرُبُ بَعْدَوَانَهُ ، بَلْ يَقُولُ : اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي . وَلَمْ
 يَثْبُتْ خِلَافٌ دَعَاوَاهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَضَمُّينُ الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ : شَهِدْنَا بِمَا عَلِمْنَا ،
 وَأَخْبَرْنَا بِمَا رَأَيْنَا وَسَمِعْنَا ، وَلَمْ نَكُنْ شَهَادَةَ اللَّهِ تَعَالَى الَّتِي لَزِمْنَا أَدَاؤَهَا . وَلَمْ يَثْبُتْ كَذِبُهُمْ ،
 فَوَجَبَ إِحَالَةُ الضَّمَّانِ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ مِنْ غَيْرِ وُجُودِ شَرْطِ الْحُكْمِ ، وَمَكَّنَ مِنْ
 إِثْلَافِ الْمُعْصُومِ مِنْ غَيْرِ بَحْثٍ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ ، فَكَانَ التَّفْرِيطُ مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِحَالَةُ ^(١٨)
 الضَّمَّانِ عَلَيْهِ .

١٩٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ،
 وَصَارَ حُرًّا)

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي هَذَا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْعَتَقَ يَثْبُتُ ^(١) بِشَاهِدٍ
 وَيَمِينٍ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مَلِكٍ ، فَيَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، / كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ،
 وَلِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِلْمَالِ ، فَيُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ ، كَالْإِثْلَافِ بِالْفِعْلِ ، وَإِفْضَاؤُهُ إِلَى تَكْمِيلِ
 الْأَحْكَامِ ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْوِلَادَةَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَيَنْبَغِي
 عَلَيْهَا النَّسَبُ الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِنَّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا تَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ
 عَدْلَيْنِ ذَكَرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ بِمَالٍ ، وَلَا الْمُقْصُودُ مِنْهَا الْمَالُ ، وَيَطْلَعُ عَلَيْهَا الرِّجَالُ فِي غَالِبِ
 الْأَحْوَالِ ، فَأُشْبِهَتْ الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةِ زُورٍ ، أَدَبٌ ، وَأَقِيمَ لِلنَّاسِ فِي
 الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَشْتَهَرُ ^(١) أَنَّهُ شَاهِدُ زُورٍ ، إِذَا تَحَقَّقَ تَعَمُّدُهُ لِذَلِكَ)

(١٧) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « بَه » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « ثَبِت » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَشْهَر » .

وجملة ذلك أن الشهادة الزور من أكبر الكبائر ، قد نهى الله تعالى عنها في كتابه ، مع نهيه عن الأوثان ، فقال تعالى : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ ^(١) . وروى عن خريم بن فاتك ، أن النبي ﷺ قال : « عَدَلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ الْإِشْرَاكَ بِاللَّهِ » . ثلاث مرات . ثم تلا قوله تعالى : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ . رواه أبو داود ^(٢) . وروى هذا عن ابن مسعود ، من قوله . وروى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « أَلَا أُتْبِعُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكِبَائِرِ ؟ » . قلنا : بلى يا رسول الله . قال : « الْإِشْرَاكَ بِاللَّهِ وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ » . وَكَانَ مُتَكِنًا فَجَلَسَ ، فقال : « أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ » . فما زال يُكْررها حتى قلنا : لَيْتَهُ سَكَتَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وروى أبو حنيفة ، عن محارب بن دثار ، عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « شَاهِدَ الزُّورِ ، لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى تَجِبَ لَهُ النَّارُ » ^(٤) . فمضى ثَبَتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ عَنْ رَجُلٍ أَنَّهُ شَهِدَ بُزُورٍ عَمْدًا ، عَزَّرَهُ ، وَشَهَّرَهُ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٥) . وَبِهِ يَقُولُ شُرَيْحٌ ، وَالْقَاسِمُ / بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَسَلَامُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ يَعْلَى ^(٦) قَاضِي الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُعَزَّرُ ، وَلَا يُشَهَّرُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، فَلَا يُعَزَّرُ بِهِ ، كَالظَّهَارِ . وَرَوَى عَنْهُ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُشَهَّرُ . وَأَنْكَرَهُ الْمُتَأَخَّرُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ مُحَرَّمٌ يَضُرُّ بِهِ النَّاسَ ، فَأَوْجَبَ الْعُقُوبَةَ عَلَى قَائِلِهِ ، كَالسَّبِّ وَالْقَذْفِ ، وَيُخَالِفُ الظَّهَارَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِضَرِّهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ أَوْجَبَ كَفَّارَةَ شَاقَّةٍ هِيَ أَشَدُّ مِنَ التَّعْزِيرِ ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ عَمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَمْ

(٢) سورة الحج ٣٠ .

(٣) في : باب في شهادة الزور ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٤/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة الزور ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذى ١٧٣/٩ ، ١٧٤ ، ١٧٥ . وابن ماجه ، في : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٨/٤ ، ٢٣٣ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥١ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥٢ .

(٦) أخرجه وكيع ، عن شريح ، في : أخبار القضاة ٣٠٩/٢ .

(٧) عبد الملك بن يعلى الليثي ، قاضي البصرة ، روى عن النبي ﷺ مرسلًا ، توفي بعد المائة بسنوات . تهذيب التهذيب ٤٢٩/٦ ، ٤٣٠ .

تَعْرِفُ لَهُ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا . وَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ تَأْذِيَهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ ^(٨) ؛ إِنْ رَأَى ذَلِكَ بِالْجَلْدِ جَلْدَهُ ، وَإِنْ رَأَاهُ بِحَبْسٍ أَوْ كَشَفِ رَأْسِهِ وَإِهَانَتِهِ وَتَوْبِيخِهِ ، فَعَلَ ذَلِكَ ، وَلَا يَزِيدُ فِي جَلْدِهِ عَلَى عَشْرِ جَلْدَاتٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَزِيدُ عَلَى تِسْعٍ وَثَلَاثِينَ ، لَعَلَّأُ يُلْغَى بِهِ أَذْنَى الْحُدُودِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يُجْلَدُ خَمْسَةٌ وَسَبْعِينَ سَوْطًا . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ أَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، فِي شَاهِدِي الطَّلَاقِ : يُجْلَدَانِ مِائَةً مِائَةً ، وَيَعْرَمَانِ الصَّدَاقَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشْرِ جَلْدَاتٍ ، إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) . وَقَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَلَمٌ : يُخَفِّقُ سَبْعَ خَفَقَاتٍ . وَقَالَ شَرِيحٌ : يُجْلَدُ أَسْوَاطًا ^(١٠) . فَأَمَّا شَهْرَتُهُ بَيْنَ النَّاسِ ، فَإِنَّهُ يُوقَفُ فِي سُوقِهِ ^(١١) إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ السُّوقِ ، أَوْ قَبِيلَتِهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقَبَائِلِ ، أَوْ فِي مَسْجِدِهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْمَسَاجِدِ ، وَيَقُولُ الْمُوَكَّلُ بِهِ : إِنَّ الْحَاكِمَ يَقْرَأُ عَلَيْكُمْ السَّلَامَ ، وَيَقُولُ : هَذَا شَاهِدُ زُورٍ ، فَأَعْرِفُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاتَى الْوَلِيدُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ بِشَاهِدٍ زُورٍ ^(١٢) ، فَأَمَرَ بِقَطْعِ لِسَانِهِ ، وَعِنْدَهُ / الْقَاسِمُ وَسَلَمٌ ، فَقَالَا : سُبْحَانَ اللَّهِ ، بِحَسْبِهِ ^(١٣) « أَنْ يُخَفِّقَ ^(١٤) سَبْعَ خَفَقَاتٍ ، وَيُقَامَ بَعْدَ الْعَصْرِ ، فَيُقَالُ : هَذَا أَبُو قُبَيْسٍ ، وَجَدْنَاهُ شَاهِدَ زُورٍ . فَعَلَّ ذَلِكَ ^(١٥) بِهِ . وَلَا يُسَحَّمُ وَجْهُهُ ، وَلَا يُرَكَّبُ ، وَلَا يُكَلَّفُ أَنْ يُنَادِيَ عَلَى نَفْسِهِ . وَقَدَرُوا عَنْ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يُجْلَدُ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً ، وَيُسَحَّمُ وَجْهُهُ ، وَيُطَالُ حَبْسُهُ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(١٦) . وَقَالَ سَوَّارٌ : يُلَبَّبُ ^(١٧) ، وَيُدَارُ بِهِ عَلَى

(٨) فِي ب : « الْإِمَام » .

(٩) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٥٢٤/١٢ .

(١٠) أَخْبَارُ الْقَضَاةِ ٣٠٩/٢ .

(١١) فِي م : « سَوْق » .

(١٢) فِي أ ، ب ، م : « الزُّور » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يُفْعَلُ بِشَاهِدِ الزُّورِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنُ الْكُبْرَى ١٤٢/١٠ . وَعَبْدُ

الرِّزَاقُ ، فِي : بَابِ عَقُوبَةِ شَاهِدِ الزُّورِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٨/٣٢٦ ، ٣٢٧ . وَلَمْ نَجِدْهُ فِي : الْمُسْنَدِ .

(١٧) يُلَبَّبُ : أَيُ تَجْمَعُ ثِيَابُهُ عِنْدَ نَحْرِهِ وَيَجْرُ بِهَا .

حَلَقَ الْمَسْجِدَ ، فيقول : مَنْ رَأَى فَلَا يَشْهَدُ بَزُورٍ . وَرَوَى عَنْ^(١٨) عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ يَعْلَى ، قَاضِي الْبَصْرَةِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِحَلَقِ نَصْفِ رُءُوسِهِمْ ، وَتَسْخِيمِ وُجُوهِهِمْ ، وَيُطَافُ بِهِمْ فِي الْأَسْوَاقِ ، وَالَّذِي^(١٩) شَهِدُوا لَهُ مَعَهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُثَلَّةٌ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ الْمُثَلَّةِ^(٢٠) . وَمَارُوى عَنْ عَمْرٍ ، فَقَدَرُوى عَنْهُ خِلَافُهُ ، وَأَنَّهُ حَبَسَهُ يَوْمًا وَحَلَّى سَبِيلَهُ . وَفِي الْجُمْلَةِ لَيْسَ فِي هَذَا تَقْدِيرٌ شَرْعِيٌّ ، فَمَا فَعَلَ الْحَاكِمُ مِمَّا رَأَاهُ^(٢١) ، مَا لَمْ يَخْرُجْ إِلَى مُخَالَفَةِ نَصٍّ أَوْ مَعْنَى نَصٍّ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا يُفَعَّلُ بِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ^(٢٢) حَتَّى يُحَقِّقَ أَنَّهُ شَاهِدُ زُورٍ ، وَتَعَمَّدَ ذَلِكَ ، إِمَّا بِإِقْرَارِهِ^(٢٣) ، أَوْ يَشْهَدُ عَلَى رَجُلٍ بِفِعْلٍ فِي الشَّامِ فِي وَقْتٍ ، وَيُعْلَمُ أَنَّ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فِي الْعِرَاقِ ، أَوْ يَشْهَدُ بِقَتْلِ رَجُلٍ ، وَهُوَ حَيٌّ ، أَوْ أَنَّ هَذِهِ الْبَهِيمَةَ فِي يَدِ هَذَا مِنْذُ ثَلَاثَةِ أَعوَامٍ ، وَسِنَّهَا أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ يَشْهَدُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ فَعَلَ شَيْئًا فِي وَقْتٍ ، وَقَدَمَاتٍ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ ، أَوْ لَمْ يُولَدْ إِلَّا بَعْدَهُ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا مَا يَتَيَقَّنُ بِهِ كَذِبُهُ ، وَيُعْلَمُ تَعَمُّدُهُ لَذَلِكَ . فَأَمَّا تَعَارُضُ الْبَيِّنَتَيْنِ ، أَوْ ظُهُورُ فُسْخِيقِهِ ، أَوْ غَلْطُهُ فِي شَهَادَتِهِ ، فَلَا يُؤَدَّبُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ لَا يَمْنَعُ الصَّدَقَ ، وَالتَّعَارُضَ لَا يُعْلَمُ بِهِ كَذِبُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ بَعَيْنِهَا ، وَالْعَلْطُ قَدْ يَعْزِضُ لِلصَّادِقِ الْعَدْلَ وَلَا يَتَعَمَّدُهُ ، فَيُعْفَى عَنْهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَيْسَ / عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾^(٢٤) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « غُفِيَ لِمَنْ عَنِ الْخَطَا ، وَالنَّسْيَانِ ، وَمَا اسْتَكْرَهَا عَلَيْهِ^(٢٥) » .

فصل : ومتى عِلِمُ أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِالزُّورِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الْحَكَمَ كَانَ بَاطِلًا ، وَلَزِمَ نَقْضُهُ ، لِأَنَّنَا تَبَيَّنَا كَذِبَهُمَا فِيمَا شَهِدَا بِهِ ، وَبُطْلَانُ مَا حَكَمَ بِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَحْكُومُ بِهِ مَالًا ، رُدَّ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ إِثْلَاقًا ، فَعَلَى الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَبَبُ إِثْلَاقِهِ ، إِلَّا أَنْ

(١٨) سقط من : ١ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « والذين » .

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٢٠٩/١٠ .

(٢١) في ب ، م : « يراه » .

(٢٢) في ب : « هذا » .

(٢٣) في الأصل : « بإقرار » .

(٢٤) سورة الأحزاب ٥ .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . وتقدم تخريج الحديث ، في : ١٤٦/١ .

يُثْبِتَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا مِنْ غَيْرِ مُوَافَقَةِ الْمَحْكُومِ لَهُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ رُجُوعًا مِنْهُمَا عَنْ شَهَادَتِهِمَا ، وَقَدْ بَيَّنَّا حَكْمَ ذَلِكَ .

فصل : فَإِذَا تَابَ شَاهِدُ الزُّورِ ، وَأَتَتْ عَلَى ذَلِكَ مُدَّةٌ تَظْهَرُ فِيهَا تَوْبَتُهُ ، وَتَبَيَّنَ صِدْقُهُ فِيهَا ، وَعَدَّائَتُهُ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَائِبٌ مِنْ ذَنْبِهِ ، فَقُبِلَتْ تَوْبَتُهُ ، كَسَائِرِ التَّائِبِينَ . وَقَوْلُهُ : لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ ذَلِكَ . قُلْنَا : مُجَرَّدُ الْإِحْتِمَالِ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ ؛ بِدَلِيلِ سَائِرِ التَّائِبِينَ ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُمْ مُعَاوَدَةُ ذُنُوبِهِمْ وَلَا غَيْرِهَا ، وَشَهَادَتُهُمْ مَقْبُولَةٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٢٤ — مسألة ؛ قال : (وَإِذَا غَيَّرَ الْعَدْلُ شَهَادَتَهُ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ ، فَرَادَ فِيهَا أَوْ نَقَصَ ، قُبِلَتْ مِنْهُ ، مَا لَمْ يَحْكَمْ بِشَهَادَتِهِ)

وهذا مثل أن يشهد بمائة ، ثم يقول : هي مائة وخمسون . أو يقول : بل هي تسعون . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ رُجُوعُهُ ، وَيُحْكَمُ بِمَا شَهِدَ بِهِ آخِرًا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَسَلِيمَانُ بْنُ حَبِيبٍ الْمُحَارِبِيُّ ^(١) ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ الْأُولَى وَلَا الْآخِرَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُرَدُّ الْأُخْرَى وَتُعَارِضُهَا ، وَلِأَنَّ الْأُولَى مَرْجُوعٌ عَنْهَا ، وَالثَّانِيَةُ غَيْرُ مُؤْتَوِيٍّ بِهَا ، لِأَنَّهَا مِنْ مُقَرَّرٍ بَعْلَطُهُ وَخَطَطُهُ / فِي شَهَادَتِهِ ، فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ يَكُونَ فِي الْغَلَطِ كَالأُولَى . وَقَالَ مَالِكٌ : يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ ^(٢) قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى الشَّهَادَةَ وَهُوَ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهَا عَنْهَا ، كَالْوَأْتَصَلِ بِهَا الْحَكْمُ . وَلَنَا ، أَنَّ شَهَادَتَهُ الْآخِرَةَ شَهَادَةٌ ^(٣) مِنْ عَدْلٍ غَيْرِ مُتَّهِمٍ ، لَمْ يَرْجَعْ عَنْهَا ، فَوَجَبَ الْحَكْمُ بِهَا ، كَالْوَلِيِّ لَمْ يَتَقَدَّمْهَا مَا يُخَالِفُهَا ، وَلَا تُعَارِضُهَا الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا قَدْ بَطَلَتْ بِرُجُوعِهَا عَنْهَا ، وَلَا يَجُوزُ الْحَكْمُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا شَرْطُ الْحَكْمِ ، فَيُعْتَبَرُ اسْتِمْرَارُهَا إِلَى انْقِضَائِهِ ^(٤) . وَيُفَارِقُ رُجُوعُهُ بَعْدَ الْحَكْمِ ؛ لِأَنَّ الْحَكْمَ قَدْ تَمَّ بِاسْتِمْرَارِ

١٢٣/١١ ظ

(١) سليمان بن حبيب المحاربي ، قاضي دمشق ، إمام كبير القدر ، حكم بدمشق ثلاثين سنة ، توفي سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٣٠٩/٥ .

(٢) في ١ ، ب ، م : « بأول » .

(٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٤) في الأصل : « انقضائها » .

شَرْطُهُ ، فَلَا يُنْقَضُ بَعْدَ تَمَامِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الْحُكْمِ : قَضَاءُ مِنْهُ ^(٥) خَمْسِمِائَةٍ . فَسَدَتْ شَهَادَتُهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْحَطَّابِ ، فَقَالَ : إِذَا شَهِدَ أَنَّ لَهُ ^(٦) عَلَيْهِ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا : قَضَاءُ ^(٧) مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ شَهِدَ أَنَّ الْأَلْفَ جَمِيعَهُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا قَضَاءُ خَمْسِمِائَةٍ ، لَمْ تَكُنِ الْأَلْفُ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ كَلَامُهُ مُتَنَاقِضًا ، فَتَفْسُدُ شَهَادَتُهُ . وَفَارَقَ هَذَا مَا لَوْ شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ : بَلْ بِخَمْسِمِائَةٍ . لِأَنَّ ذَلِكَ رَجُوعٌ عَنِ الشَّهَادَةِ بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَإِقْرَارٌ بِعَطْلِ نَفْسِهِ ، وَهَذَا لَا يَقُولُ هَذَا عَلَى سَبِيلِ الرَّجُوعِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ بِخَمْسِمِائَةٍ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ : قَضَاءُ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . أَفْسَدَ شَهَادَتَهُ ، وَلِلْمَشْهُودِ ^(٨) لَهُ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ خَمْسِمِائَةٍ . فَصَحَّحَ شَهَادَتَهُ فِي نِصْفِ الْأَلْفِ الْبَاقِي ، وَأَبْطَلَهَا فِي النِّصْفِ الَّذِي ذَكَرَ أَنَّهُ قَضَاءُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَشْهَدُ بِالْأَيْفِ ، بَلْ بِخَمْسِمِائَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَوْ جَاءَ بَعْدَ هَذَا الْمَجْلِسِ ، فَقَالَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ قَضَاءُ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَمْضَى الشَّهَادَةَ . فَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ أَنَّهُ إِذَا جَاءَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَشَهِدَ بِالْقَضَاءِ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ / ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ ^(٩) وَجَبَ بِشَهَادَتِهِمَا ، وَحُكْمُ الْحَاكِمِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ : قَضَاءُ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي بَاقِي الْأَلْفِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَاقُضَ فِي كَلَامِهِ ، وَلَا اخْتِلَافَ .

١٩٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْأَيْفِ ، وَآخَرُ بِخَمْسِمِائَةٍ ، حُكِمَ لِمُدَّعَى الْأَلْفِ ، بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَخَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى الْخَمْسِمِائَةِ الْآخَرَى ، إِنْ أَحْبَبَ)

(٥) في ا ، م : د : منا .

(٦) سقط من : م .

(٧) سقط من : ا .

(٨) في ب ، م : د : والمشهود .

(٩) في ب ، م : زيادة : د : وقد .

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء، وشهد الآخر ببعضه، صحَّت الشهادة، وثبت ما اتفقا عليه، وحُكِمَ به. وهذا قول شريح، ومالك، والشافعي، وابن أبي ليلى، وأبي يوسف، ومحمد، وإسحاق، وأبي عبيد. وحكى عن الشعبي، أنه شهد عنده رجلان؛ شهد أحدهما أنه طلقها تطلقاً، وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين، فقال: قد اختلفتا، قوما. وحكى عن أبي حنيفة، أنه إذا شهد شاهد أنه أقر باللف، وشهد آخر أنه أقر بالفين، لم تصح الشهادة؛ لأن الإقرار بالالف غير الإقرار بالالفين، ولم يشهد بكل إقرار^(١) إلا واحد. ولنا، أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه، فحُكِمَ به، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه. وما ذكره من أن كل إقرار إنما شهد^(٢) به واحد، يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر باللف غدوة، وشهد الآخر أنه أقر باللف عشياً، فإن الشهادة تكمل، مع أن كل إقرار إنما شهد^(٣) به واحد. فأما ما انفرد به أحدهما، فإن للمدعي أن يحلف معه، ويستحق. وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين. وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة، أو لم تختلف الأسباب والصفات. فأما إن اختلفت، مثل أن يشهد شاهد باللف من قرض، وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع، أو يشهد^(٤) / شاهد باللف ببيض، وآخر بخمسمائة سود، أو يشهد أحدهما^(٥) باللف دينار، والآخر بخمسمائة درهم، لم تكمل البيئة، وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها، أو يحلف^(٥) مع أحدهما ويستحق ما شهد به.

فصل: فإن شهد له شاهدان باللف، وشاهدان بخمسمائة، ولم تختلف الأسباب والصفات، دخلت الخمسمائة في اللف، وجب له بالشهادتين [ألف]^(٦). وإن اختلفت الأسباب والصفات^(٧)، وجب له الألف والخمسمائة، ولم يدخل أحدهما في

(١) في ب، م زيادة: «إقرار».

(٢) في أ، م: «يشهد».

(٣) في ب، م: «ويشهد».

(٤) في أ، م: «شاهد».

(٥) في م: «ويحلف».

(٦) في م: «مائة» خطأ. ولم يرد شيء في: الأصل، أ، ب. ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) في أ: «أو الصفات».

الآخر ؛ لأنهما مختلفان .

فصل : وإن شهد له شاهد ، أنه باعه هذا العبد بألف ، وشهد آخر ، أنه باعه إيَّاه بخمسمائة ، لم تكمل البيّنة ؛ لاختلافهما في صفة البيع ، وله أن يحلف مع أحدهما ، ويثبت له ما حلف عليه . وإن شهد له بكل عقد شاهدان ، ثبت البيعان ، وإن أضافا البيع إلى وقت واحد ، مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف ، وشهد الآخر أنه باعه إيَّاه مع الزوال بخمسمائة ، تعارضت البيّتان ، وسقطتا ؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما ، وكل بيّنة تكذب الأخرى . وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد^(٨) ، كان له أن يحلف مع أحدهما ، ولا يتعارضان ؛ لأن التعارض إنما يكون بين البيّتين الكاملتين .

فصل : وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان ، وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا عليه ، وهو درهمان ، وله أن يحلف مع الآخر على درهم ؛ لأنهما اتفقا على درهمين ، وانفرد أحدهما بدرهم^(٩) ، فأشبهه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة . وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان ، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ، ثبت له درهمان . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ثلاثة ؛ لأنه قد شهد بها شاهدان ، وهما حجة ، فيجب الأخذ بهما ، كما / يؤخذ بالزيادة في الأخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف ، وشاهدان بألفين ، فإنه يجب له ألفان . قال القاضي : ويتوجه لنا مثل هذا ، بناء على مسألة الألف وخمسمائة . ولنا ، أن من شهد أن قيمته درهمان ، ينفي أن^(١٠) قيمته ثلاثة ، فقد تعارضت البيّتان في الدرهم ، ويخالف الزيادة في الأخبار ، فإن من يروى الناقص لا ينفي الزيادة ، وكذلك من شهد بألف ، لا ينفي أن عليه ألفا آخر . فإن قيل : فلم قلتم : إنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان ، تعارضتا ، وإن شهد واجداً ، لم تتعارضا ، وكان له أن يحلف مع^(٨) الشاهد بالزيادة عليهما . قلنا : لأن الشاهدين حجة وبيّنة ، فإذا كملت من

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : الأصل ، م .

(١٠) في م زيادة : « تكون » .

الجانبيين ، تعارضت الحُجَّتَانِ ؛ لِتَعَدُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا ، وَأَمَّا ^(١١) الشَّاهِدُ الْوَاحِدُ ، فَلَيْسَ بِحُجَّةٍ وَحْدَهُ ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً مَعَ الْيَمِينِ ، فَإِذَا حَلَفَ مَعَ أَحَدِهِمَا كَمَلَتْ الْحُجَّةُ بِيَمِينِهِ ، وَلَمْ ^(١٢) يُعَارِضْهُمَا مَا لَيْسَ بِحُجَّةٍ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ بِأَحَدِهِمَا شَاهِدَانِ ، وَبِالْآخِرِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ .

١٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى شَهَادَةَ عَدْلٍ ، فَأُنْكِرَ أَنْ تَكُونَ عِنْدَهُ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَقَالَ : كُنْتُ أُنْسِيْتُهَا . قُبِلَتْ مِنْهُ)

وجملة ذلك أن العَدْلَ إِذَا أَنْكَرَ أَنْ تَكُونَ عِنْدَهُ شَهَادَةً ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا ، وَقَالَ : كُنْتُ أُنْسِيْتُهَا . قُبِلَتْ ، وَلَمْ تَرُدَّ شَهَادَتُهُ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَسِيَهَا ، وَإِذَا كَانَ نَاسِيًا لَهَا ، فَلَا شَهَادَةَ عِنْدَهُ ، فَلَا تُكْذِبُهُ مَعَ إِمْكَانِ صِدْقِهِ . وَلَا يُشَبِّهُ هَذَا ^(١) مَا إِذَا ^(٢) قَالَ : لَا بَيِّنَةَ لِي . ثُمَّ أَتَى بَيِّنَةً ، حَيْثُ لَا تُسْمَعُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ ، وَالْإِنْسَانُ يُؤَاخِذُ بِإِقْرَارِهِ ، وَقَوْلُ الشَّاهِدِ : لَا شَهَادَةَ عِنْدِي . لَيْسَ بِإِقْرَارٍ ؛ فَإِنَّ الشَّاهِدَةَ لَيْسَتْ لَهُ ، إِنَّمَا هِيَ حَقٌّ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ مُنْكَرًا لَهَا ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِهَا ، كَانَ إِقْرَارًا بَعْدَ الْإِنْكَارِ ، وَهُوَ مَسْمُوعٌ ، بِخِلَافِ الْإِنْكَارِ بَعْدَ / الْإِقْرَارِ ^(٣) ، وَلِأَنَّ النَّاسِيَّ لِلشَّاهِدَةِ ^(٤) لَا شَهَادَةَ ^(٥) لَهُ عِنْدَهُ ، فَهُوَ صَادِقٌ فِي إِنْكَارِهِ ، فَإِذَا ذَكَرَهَا ، صَارَتْ عِنْدَهُ ، فَلَا تَنَافِي بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ ، وَصَارَ هَذَا كَمَنْ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ شَهَادَةٌ قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ ^(٦) ، ثُمَّ اسْتَشْهَدَ ^(٧) بَعْدَ ذَلِكَ ، فَصَارَتْ عِنْدَهُ ، بِخِلَافِ مَنْ أَنْكَرَ أَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، ^(٨) فَإِنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ ^(٩) بِنَسْيَانِهَا .

١٩٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ ، يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ بَعْضَهَا ، بَطَلَتْ

(١١-١١) سقط من : ب .

(١-١) في م : « إِذَا مَا » .

(٢) في م : « الْإِنْكَارِ » .

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : ب .

(٥-٥) سقط من : أ .

شهادته في الكل (

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها ؛ مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة ، أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو ، فإن شهادته تبطل في الكل . وقال الشافعي : فيها قولان ؛ أحدهما ، كقولنا . والثاني ، تصح شهادته لغيره ؛ لأنه أجنبي ، فتصح شهادته له ، كما لو لم يكن له فيها شريك^(١) . ويخرج لنا مثل هذا ؛ بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة ، اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم ، فادعى أنهم قبضوها منه ، فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئا ، فأقر له اثنان ، وشهد ا على المنكر بالقبض ، فإن شهادتهما تقبل عليه ، ويشاركهما فيما أخذ من المال . ولنا ، أنها شهادة رد بعضها للثمة ، فترد جميعها ، كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ، ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي ، أو شهد^(٢) بشهادة ترد في بعض ما شهد به ، بطلت كلها .

١٩٢٨ - مسألة ؛ قال : (وإذا مات رجل ، وخلف ابنا ، وألف درهم ، فادعى رجل على الميت ألف درهم ، وصدقه الابن^(١) ، وادعى آخر مثل ذلك ، وصدقه الابن ، فإن كان في مجلس واحد ، كانت^(٢) الألف بينهما . وإن كان في مجلسين ، كانت^(٣) الألف للأول ، ولا شيء للثاني)

وجملته أن الميت إذا خلف وارثا ، وترك ، فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه ، فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة ، واستحقاقه لجميعها ، فإذا أقر بعد ذلك لآخر ، نظرت ؛ فإن كان في المجلس ، صحح الإقرار ، واشتركا في التركة ؛ / لأن حالة المجلس كلها ١٢٦/١١ و كحالة واحدة ، بدليل القبض ،^(٣) في ما^(٢) يعتبر القبض فيه ، وإمكان الفسخ في البيع ، ولحوق الزيادة في العقد ، فكذلك في الإقرار . وإن كان في مجلس آخر ، لم يقبل إقراره ؛

(١) في ١ : شريك .

(٢) في الأصل : وشهد .

(١) في م : الأب .

(٢) في م : كان .

(٣-٣) في م : فما .

لأنه يُقرُّ بحقٍّ على غيره ، فإنه يُقرُّ بما يقتضيه مشاركة الأول في التركة ، ومزاحمته فيها ، وتنقيص حقه منها . ولا يُقبل إقرار الإنسان على غيره . وقال الشافعي : يُقبل إقراره ، ويشتريكان فيها ؛ لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، ولو أقر الموروث لهما لقبلاً ، فذلك الوارث ؛ ولأن منعه من الإقرار يُفضي إلى إسقاط حق الغرماء ، فإنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد ، فيبطل حقه بغيثته ، ولأن من قبل إقراره أولاً ، قبل إقراره ثانياً ، إذا لم يتغير حاله ، كالموروث^(٤) . ولنا ، أنه إقرار^(٥) بما يتعلق بمحلّ تعلق به حق غيره ، على وجه يضرُّ به ، تعلقاً يمنع صحّة^(٦) تصرفه فيه ، فلم يُقبل ، كإقرار الرهن بجناية عبده الموهون أو الجاني . وأما الموروث ، فإن أقر في صحته ، صح ؛ لأن الدين لا يتعلق بماله ،^(٧) وإنما يتعلق بذمته^(٨) . وإن أقر في مرضه لعريم^(٩) ، لم يحاص^(٩) المقر له غرماء الصحّة ؛ لذلك . وإن أقر في مرضه لعريم يستغرق دينه تركته ، ثم أقر لآخر في مجلس آخر ، صح ،^(٧) وشارك الأول^(٧) ، والفرق بينه وبين الوارث ، أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ، ولا أن يُعلّق^(١٠) به دين آخر ، بأن^(١١) يستدين ديناً آخر ، فلم يمنعه ذلك تعلق^(١٢) الدين بتركته بالإقرار ، بخلاف الوارث ، فإنه لا يملك أن يُعلّق بالتركة ديناً آخر يفعله ، فلا يملكه بقوله ، ولا يملك التصرف في التركة ، ما لم يلتزم قضاء الدين .

فصل : وإن مات ، وترك ألفاً ، فأقر به ابنه لرجل ، ثم أقر به لغيره ، فهو^(١٣) للأول ، ولا شيء للثاني فيه ، سواء كان في مجلس أو مجلسين ؛ لأنه باعترافه للأول ، ثبت له

(٤) في ١ : « كالميراث » .

(٥) في م : « أقر » .

(٦) في ب : « حق » .

(٧-٧) سقط من : ١ ، ب .

(٨) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٩) في الأصل : « يخلص » .

(١٠) في م : « يتعلق » .

(١١) سقط من : ١ .

(١٢) في الأصل ، ١ : « تعليق » .

(١٣) في ب : « فهي » .

المَلِكُ فِيهِ ، فَصَارَ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي إِقْرَارًا لَهُ بِمَلِكٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ . وَتَلَزَمَ الْمُقَرَّرُ غَرَامَتَهُ لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهُ عَلَيْهِ / بِإِقْرَارِهِ بِهِ لغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ غَضِبَهُ مِنْهُ ، فَدَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ . ١٢٦/١١ ط

١٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى عَلَى مَرِيضٍ ، فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ ، أَى : نَعَمْ . لَمْ يُخْجَمْ بِهَا حَتَّى يَقُولَ بِلِسَانِهِ)

وجملته أَنَّ إشارَةَ المَرِيضِ لَا تَقُومُ مَقَامَ نُطْقِهِ ، سِوَاءَ كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْكَلَامِ أَوْ قَادِرًا عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِإِشَارَتِهِ ، إِذَا كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْكَلَامِ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْإِشَارَةِ مِنْ عَاجِزٍ عَنِ الْكَلَامِ ، فَأَشْبَهَ إِقْرَارَ الْأُخْرَسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَا يُؤْسَرُ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَقُمْ إِشَارَتُهُ مَقَامَ نُطْقِهِ ، كَالصَّحِيحِ . وَهَذَا فَارَقَ الْأُخْرَسَ ، فَإِنَّهُ مَا يُؤْسَرُ مِنْ نُطْقِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ أُرْتِجَ عَلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ ، لَمْ تَصِحَّ صَلَاتُهُ بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ ، بِخِلَافِ الْأُخْرَسِ . وَالْأَيْسَةُ يُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا مَعَ إِمْكَانِهِ فِي الْعِدَّةِ ؛ وَلَأنَّ عَجْزَهُ عَنِ النُّطْقِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتْرَكَ الْكَلَامَ لَصُعُوبَتِهِ عَلَيْهِ وَمَشَقَّتِهِ ، لَا لِعَجْزِهِ . وَإِنْ صَارَ إِلَى حَالٍ يَتَحَقَّقُ^(١) الْإِيَّاسُ مِنْ نُطْقِهِ ، لَمْ يُوَثَّقْ بِإِشَارَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَرَضَ الَّذِي أَعْجَزَهُ عَنِ النُّطْقِ ، لَمْ يَخْتَصَّ بِلِسَانِهِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَثَرُ فِي عَقْلِهِ أَوْ فِي سَمْعِهِ ، فَلَمْ يَذَرِ مَا قَبِلَ لَهُ ، بِخِلَافِ الْأُخْرَسِ ، وَلَأنَّ الْأُخْرَسَ قَدْ تَكَرَّرَتْ إِشَارَتُهُ حَتَّى صَارَتْ عِنْدَ مَنْ يُعَاشِرُهُ كَالْيَقِينِ ، وَمُمَائِلَةً النُّطْقِ ، وَهَذَا لَمْ تَتَكَرَّرْ إِشَارَتُهُ ، فَلَعَلَّهُ لَمْ يُرِدِ الْإِقْرَارَ ، إِنَّمَا أَرَادَ الْإِنْكَارَ ، أَوْ إِسْكَاتَ مَنْ يَسْأَلُهُ ، وَمَعَ هَذِهِ الْفُرُوقِ ، لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ .

١٩٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى ، وَقَالَ : لَا بَيِّنَةَ لِي . ثُمَّ أَتَى بَعْدَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذِّبٌ لِبَيِّنَتِهِ)

وهذا قال مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : تُقْبَلُ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْسَى ، أَوْ يَكُونَ الشَّاهِدَانِ سَمِعَا مِنْهُ ، وَصَاحِبُ الْحَقِّ لَا

(١) فِي ١ : « يَحَقِّقُ » .

يَعْلَمُ ، فلا يثبتُ بذلك أنه كَذَبَ ^(١) بَيِّنَتُهُ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافعيّ : وإن كان الإِشهادُ / أمراً تَوَلَّاهُ بنفسِه ، لم تُسَمَّعْ بَيِّنَتُهُ ؛ لأنَّه أَكْذَبُهَا ، وإن كان وكيلُه أَشْهَدَ على المدَّعى عليه ، أو شَهِدَ من غيرِ عِلْمِه ، أو من غيرِ أن يُشْهَدَهم ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ؛ لأنَّه معذورٌ في نفيه إياها . وهذا القولُ حسنٌ . ولنا ، أنَّه أَكْذَبَ بَيِّنَتُهُ ، بإقرارِه أنَّه لا يشْهَدُ له أحدٌ ، فإذا شَهِدَ له إنسانٌ ، كان تَكْذِيبُها له ، ويُفارقُ الشَّاهِدَ إذا قال : لا شهادةَ عندي . ثم قال : كنتُ أنْسِيْتُها ^(٢) . لأنَّ ذلك إقرارٌ لغيرِه بعدَ الإِثْكارِ ، وههنا هو مُقَرَّرٌ لِحَصْنِهِ بَعْدَ ^(٣) البَيِّنَةِ ، فلم يُقْبَلْ رُجوعُه عنه . والحكمُ فيما إذا ^(٤) قال : كلُّ بَيِّنَةٍ لي زورٌ . كالحكمِ فيما إذا قال : لا بَيِّنَةٌ لي . على ما ذكرنا من الخلافِ فيه .

فصل : وإذا ^(٥) قال : ما أَعْلَمُ بَيِّنَتُهُ . ثم أتى بَيِّنَتَهُ ، سُمِعَتْ ؛ لأنَّه يجوزُ أن تكونَ له بَيِّنَةٌ لم يَعْلَمْها ، ثم عِلِمَها . قال أبو الحَطَّابِ : ولو قال : ما أَعْلَمُ لي بَيِّنَةٌ . فقال شاهِدان : نحنُ نَشْهَدُ لك . سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ .

١٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيُّ عَلَى مَنْ هُوَ مُوصَى عَلَيْهِمْ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ شَهِدَ لَهُمْ ، لَمْ يُقْبَلْ إِذَا كَانُوا فِي حِجْرِهِ)

^(١) أمَّا شهادته عليهم ، فمقبولة . لا نعلم فيه خلافاً ، فإنه لا يثبت عليهم ، ولا يجزئ بشهادته عليهم نفعا ، ولا يدفع عنهم به ضررا . وأمَّا شهادته لهم إذا كانوا في حِجْرِهِ ^(١) ، فغيرُ مقبولة . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الشَّعْبِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، ومالكٌ ، والشَّافعيُّ ، والأوزاعيُّ ، وأبو حنيفةً ، وابنُ أبي ليلى . وأجاز شُرَيْحٌ ^(٢) وأبو ثورٍ شهادته لهم ، إذا كان

(١) في ١ : « أَكْذَبَ » .

(٢) في ١ ، ب ، م : « نَسِيْتُها » .

(٣) في الأصل : « بعد » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ١ ، ب ، م : « وإن » .

(١ - ٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) أخبار القضاة ٢٧٤/٢ .

الْحَصْنُ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُمْ ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ لَهُمْ ، كَمَا بَعْدَ زَوَالِ الْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَهِدَ بِشَيْءٍ هُوَ خَصْنٌ فِيهِ ، فَإِنَّهُ الَّذِي يُطَالَبُ بِحَقْقِهِمْ ، وَيُخَاصِمُ فِيهَا ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ، كَأَلَوْ شَهِدَ بِمَا لِنَفْسِهِ ، وَلَأَنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ (٣) مَا لَهُمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ . فَيَكُونُ مُتَّهِمًا فِي الشَّهَادَةِ بِهِ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذَا كَانُوا فِي حِجْرِهِ . فَإِنَّهُ يَعْنِي أَنَّهُ لَوْ (٤) شَهِدَ لَهُمْ بَعْدَ زَوَالِ وَلَايَتِهِ عَنْهُمْ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي مَنَعَ قَبُولَهَا . وَالْحُكْمُ فِي أَمِينِ الْحَاكِمِ يَشْهَدُ لِلْإِيْتَامِ الَّذِينَ هُمْ تَحْتَ وَلَايَتِهِ ، كَالْحُكْمِ / فِي الْوَصِيِّ ، سَوَاءً .

ظ ١٢٧/١١

١٩٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ مَنْ يُحَقِّقُ فِي الْأَخْيَانِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي إِفَاقِهِ)

قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَمِمَّنْ حَفِظْنَا عَنْهُ ذَلِكَ ؛ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَحْسَبُهُ إِلَّا مَذْهَبَ أَهْلِ الْكُوفَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَعْتِبَارَ فِي الشَّهَادَةِ بِحَالِ أَدَائِهَا ، وَهُوَ فِي وَقْتِ الْأَدَاءِ مِنْ أَهْلِ التَّحْصِيلِ وَالْعَقْلِ الثَّابِتِ ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا كَبُرَ ، وَلَأَنَّهُ عَدْلٌ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، كَالصَّحِيحِ ، وَزَوَالُ عَقْلِهِ فِي غَيْرِ حَالِ الشَّهَادَةِ ، لَا يَمْنَعُ قَبُولَهَا ، كَالصَّحِيحِ الَّذِي يَنَامُ ، وَالْمَرِيضِ الَّذِي يُغْمَى عَلَيْهِ فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ .

١٩٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الطَّبِيبِ فِي الْمَوْضِيعَةِ ، إِذَا لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى طَبِيبَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الْبَيْطَارُ فِي دَاءِ الدَّابَّةِ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ فِي الشَّجَّةِ ، هَلْ هِيَ مُوضِحةٌ أَوْ لَا ؟ أَوْ فِيمَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، كَالْهَاشِمَةِ ، وَالْمُنْقَلَةِ ، وَالْأَمَةِ ، وَالْدَّامِغَةِ ، أَوْ أَصْغَرَ مِنْهَا ، كَالْبَاضِعَةِ ، وَالْمُتَلَاحِمَةِ ، وَالسُّمْحَاقِ ، أَوْ فِي الْجَائِفَةِ ، وَغَيْرِهَا مِنَ الْجِرَاحِ ، الَّتِي لَا يَعْرِفُهَا إِلَّا الْأَطِبَّاءُ ، أَوْ اخْتَلَفَا فِي دَاءٍ يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَةِ الْأَطِبَّاءِ ، أَوْ فِي دَاءِ الدَّابَّةِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ إِذَا قُدِّرَ عَلَى طَبِيبَيْنِ ، أَوْ بَيْطَارَيْنِ ، لَا يُجْزَى وَاحِدٌ (١) ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطَّلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ تُقْبَلْ فِيهِ

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في ١ : إن .

(١) في الأصل ، ب : واحد .

شهادةً واحدٍ ، كسائرِ الحقوقِ ، فإن لم يُقدَّرْ على اثنين ، أجزأَ واحدٌ ؛ لأنَّه ممَّا لا يُمْكِنُ كُلُّ واحدٍ أن يشهَدَ به ؛ لأنَّه ممَّا يَخْتَصُّ به أهلُ الخبرة من أهل الصَّنْعَةِ ، فاجتزأَ فيه بشهادةٍ واحدٍ ، بمنزلةِ العيوبِ تحتِ الثَّيابِ ، يُقبَلُ فيها قولُ المرأةِ الواحدةِ ، فقبُولُ قولِ الرجلِ الواحدِ أوَّلَى .

فصل : قال أحمدُ ، رحمه الله ، إذا قال : اشهَدْ على مائةِ درهمٍ ومائةِ درهمٍ^(٢) ومائةِ درهمٍ^(٣) . فشهِدَ على مائةِ دونَ مائةٍ ، كُرَّةً ، إلَّا أن يقولَ : أشهَدُوكِ^(٤) على مائةٍ ومائةٍ ومائةٍ^(٥) . يَحْكِيهِ كُلُّهُ لِلْحَاكِمِ كما كان . وقال أحمدُ : إذا شهِدَ على أَلِفٍ ، وكان الحاكمُ / لا يَحْكُمُ إلَّا على مائةٍ ومائتين ، فقال له صاحبُ الحقِّ : أريدُ أن تَشْهَدَ لي على مائةٍ ، لم يشهَدْ إلَّا بِالْألفِ . قال القاضي : وذلك أن على الشَّاهِدِ نَقْلَ الشَّهَادَةِ على ما شَهِدَ ، قال الله تعالى : ﴿ ذَلِكْ أَذْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا ﴾^(٦) . ولأنَّه لو سَأَلَ للشَّاهِدِ أن يشهَدَ ببعضِ ما شَهِدَ عليه ، لَسَأَلَ للقاضي أن يَقْضِيَ ببعضِ ما شَهِدَ به الشَّاهِدُ . وقال أبو الحَطَّابِ : عندى يجوزُ أن يشهَدَ بذلك ؛ لأنَّ مَنْ شَهِدَ بِالْألفِ ، فقد شَهِدَ بمائَةٍ ، فإذا شَهِدَ بمائَةٍ ، لم يَكُنْ كاذبًا في شهادته ، فجازَ ، كما لو كان قد أقرضَه مائةً مرَّةً ، وتسعمائةً مرَّةً أُخْرَى . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لما ذكره القاضي ، ولأنَّ شهادته بمائةٍ رُبَّمَا أَوْهَمَتْ^(٧) أن هذه المائة غيرُ التي شَهِدَتْ بأصْلِهِ ، فيؤدِّي إلى إيجابها عليه مرَّتين .

فصل : قال أحمدُ : إذا شَهِدَ بِالْألفِ درهمٍ ومائةٍ دينارٍ ، فله من دراهمِ ذلك البلدِ ودنانيره . قال القاضي : لأنَّه لما جازَ أن يُحْمَلَ مُطْلَقُ الْعَقْدِ على ذلك ، جازَ أن تُحْمَلَ الشهادةُ عليه . والله أعلمُ .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في ١ ، ب ، م : « أشهدوكي » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة المائدة ١٠٨ .

(٦) في الأصل ، ١ ، ب : « أوهم » .

كتاب الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَات

الدَّعْوَى^(١) (في اللغة^(٢)) : إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ، ملكاً ، أو استحقاقاً ، أو صفةً^(٣) ، أو نحو ذلك . وهي في الشرع : إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره ، أو في ذمته . والمُدَّعى عليه ، مَنْ يُضَافُ إليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عَقيْل : الدَّعْوَى الطَّلَبُ ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ ﴾^(٤) . وقيل : المُدَّعى مَنْ يَلْتَمِسُ بَقَوْلِهِ أَخَذَ شَيْءٌ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ ، أو إثبات حق في ذمته . والمُدَّعى عليه مَنْ يُنْكِرُ ذَلِكَ . وقيل : المُدَّعى مَنْ إِذَا تَرَكَ لَمْ يَسْكُتْ ، والمُدَّعى عليه مَنْ إِذَا تَرَكَ سَكَتَ . وقد يكون كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعِيًا وَمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ بَأَن يَخْتَلِفَا فِي الْعَقْدِ ، فَيَدَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الثَّمَنَ غَيْرُ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُهُ . والأصل في الدَّعْوَى قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ »^(٥) (رواه مسلم^(٦)) . وفي حديث : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ »^(٧) . ولا تَصِحُّ الدَّعْوَى إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ .

١٩٣٤ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَمَنْ ادَّعى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فَأَكْرَهُهُ ، وَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يَحْلَفْ)

وجملته أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وهو قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ يُسْتَحْلَفَ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُنْذِرِ ،

(١-١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ا : « صفة » .

(٣) سورة يَس ٥٧ .

(٤-٤) في ا : « متفق عليه » . وتقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ .

ونحوه قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » (١). وَلأنَّه حَقٌّ لَادِمِيٌّ ، فَيُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، كَالْمَالِ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ ، فَإِنْ نَكَلَ ، أُلْزِمَ النِّكَاحَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ نَكَلَ ، رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الزَّوْجِ فَحَلَفَ ، وَبَيَّتَ النِّكَاحَ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَحِلُّ بِذَلِّهِ ، فَلَمْ يُسْتَحْلَفْ فِيهِ ، كَالْحَدِّ . يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ الْأَبْضَاعَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِيهَا ، فَلَا تُبَاحُ بِالنُّكُولِ ، وَلَا بِهِ وَبِإِيمَنِ الْمُدَّعَى ، كَالْحُدُودِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النُّكُولَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ قَوِيَّةٍ ، لِأَنَّمَا هُوَ سُكُوتٌ مُجَرَّدٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَخَوْفِهِ مِنَ الْيَمِينِ ، أَوْ لِلْجَهْلِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ ، أَوْ لِلْحَيَاءِ مِنَ الْحَيْفِ وَالتَّبَذُّلِ فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، وَمَعَ هَذِهِ الْأَحْتِمَالِ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بِهِ فِيمَا يُحْتَاطُ لَهُ ، وَيَمِينُ الْمُدَّعَى لِأَنَّمَا هِيَ قَوْلُ نَفْسِهِ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى بِهَا أَمْرًا فِيهِ خَطَرٌ عَظِيمٌ ، وَإِثْمٌ كَبِيرٌ ، وَيُمْكِنُ مِنْ وَطْءِ امْرَأَةٍ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أَجْنَبِيَّةً مِنْهُ . وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَأَيْنَمَا يَتَنَاوَلُ (٢) الْأَمْوَالُ وَالْدِّمَاءُ ، فَلَا يَدْخُلُ النِّكَاحُ فِيهِ ، وَلَوْ دَخَلَ فِيهِ كُلُّ دَعْوَى ، لَكَانَ مَخْصُوصًا بِالْحُدُودِ ، وَالنِّكَاحُ فِي مَعْنَاهُ ، بَلِ النِّكَاحُ أَوَّلَى ، لِأَنَّهُ لَا يَكَادُ يَخْلُو مِنْ شُهُودٍ ، لَكُونَ (٣) الشَّهَادَةُ شَرْطًا فِي انْعِقَادِهِ ، أَوْ مِنْ اشْتِهَارِهِ ، فَيُشْهِدُ فِيهِ بِالْاِسْتِفَاضَةِ ، وَالْحُدُودُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا / وَيُخْلَى سَبِيلُهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تَحْلِفُ عَلَى الْاِحْتِمَالِ الْآخِرِ . فَتَنَكَّلْتُ ، لَمْ يُقْضَ بِالنُّكُولِ ، وَتُحْبَسُ ، فِي أَحَدِ الْجُوهَيْنِ ، حَتَّى تُقَرَّ أَوْ تَحْلِفَ ، وَفِي الْآخِرِ ، يُخْلَى سَبِيلُهَا ، وَتَكُونُ فَائِدَةُ شَرْعِ الْيَمِينِ التَّحْوِيلُ وَالرَّدُّ ، لِتُقَرَّ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى مُحَقِّقًا ، أَوْ تَحْلِفَ ، فَتَبْرَأَ إِنْ كَانَ مُبْطَلًا .

١٢٩/١١

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امْرَأَةٍ ، احْتَاجَ إِلَى ذِكْرِ شَرَائِطِ النِّكَاحِ ، فَيَقُولُ : تَزَوَّجْتُهَا بَوْلِي مُرْشِدٍ وَشَاهِدِي عَدْلٍ وَرِضَاهَا . إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ شَرَائِطِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَزَعَ

(١) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٢) ب ، م ، : تناول .

(٣) في الأصل : لكن .

مِلْكٍ ، فَأَشْبَهَ مِلْكَ الْعَبْدِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : وَلَيْسَتْ مُعْتَدَةٌ وَلَا مُرْتَدَّةٌ .
وَلَنَا ، أَنَّ النَّاسَ اخْتَلَفُوا فِي شَرَائِطِ النِّكَاحِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ يَشْتَرِطُ الْوَلِيَّ وَالشُّهُودَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا
يَشْتَرِطُ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَشْتَرِطُ إِذْنَ الْبِكْرِ الْبَالِغِ لِأَيِّهَا فِي تَزْوِيجِهَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَشْتَرِطُ ، وَقَدْ
يَدَّعَى نِكَاحًا يَعْتَقِدُهُ صَحِيحًا ، وَالْحَاكِمُ لَا يَرَى صِحَّتَهُ ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْكُمَ بِصِحَّتِهِ مَعَ
جَهْلِهِ بِهَا ، وَلَا (٤) يَعْلَمُ بِهَا ، مَا لَمْ تُذَكَّرِ الشُّرُوطُ ، وَتَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِهَا ، وَتُفَارَقَ الْمَالُ ، فَإِنْ أَسْبَابَهُ
لَا (٥) تَنْحَصِرُ ، وَقَدْ يَخْفَى عَلَى الْمُدَّعَى سَبَبُ ثُبُوتِ حَقِّهِ ، وَالْعُقُودُ تَكْثُرُ شُرُوطُهَا ،
وَلِذَلِكَ اشْتَرَطْنَا لِصِحَّةِ الْبَيْعِ شُرُوطًا سَبْعَةً ، وَرَبَّمَا لَا يُحْسِنُ الْمُدَّعَى عَدَّهَا وَلَا يَعْرِفُهَا ،
وَالْأَمْوَالُ مِمَّا يُتَسَاهَلُ فِيهَا ؛ وَلِذَلِكَ افْتَرَقْنَا فِي اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ وَالشُّهُودِ فِي عُقُودِهِ ، فَافْتَرَقْنَا فِي
الدَّعْوَى . وَعَدَمُ الْعِدَّةِ وَالرَّدَّةِ ، (٦) الْأَصْلُ عَدَمُهَا ، وَلَا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ (٦) ، وَلَا تَخْتَلِفُ
بِهِ الْأَغْرَاضُ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ أُمَةً وَالزَّوْجُ حُرًّا ، فَقِيَاسُ مَا ذَكَرْنَاهُ ، أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ
عَدَمِ الطُّوْلِ ، وَخَوْفِ الْعَنْتِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ شَرَائِطِ صِحَّةِ نِكَاحِهَا ، وَأَمَّا إِنْ ادَّعَى اسْتِدَامَةَ
الزَّوْجِيَّةِ ، وَلَمْ يَدَّعِ الْعَقْدَ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِ شُرُوطِهِ ، (٧) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ / لِأَنَّهُ يَثْبُتُ ١٢٩/١١ ظ
بِالْاسْتِفَاضَةِ . وَلَوْ اشْتَرِطَ ذِكْرَ الشُّرُوطِ ، لَا اشْتَرِطَتِ الشَّهَادَةُ بِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ فِي
شَهَادَةِ الْاسْتِفَاضَةِ . وَفِي الثَّانِي يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الشُّرُوطِ ؛ لِأَنَّهُ دَعَا نِكَاحًا ، فَأَشْبَهَ
دَعَا الْعَقْدِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ عَلَى زَوْجِهَا ، وَذَكَرَتْ مَعَهُ حَقًّا مِنْ حُقُوقِ
النِّكَاحِ ، كَالصَّدَاقِ وَالنَّفَقَةِ وَنَحْوِهَا ، سُمِعَتْ دَعَاؤُهَا . بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهَُا تَدَّعَى
حَقًّا لَهَا تُضَيِّفُهُ إِلَى سَبَبِهِ ، فَتُسْمَعُ دَعَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَتْ مِلْكًا أَضَافَتْهُ إِلَى الشَّرَاءِ . وَإِنْ
أَفْرَدَتْ (٨) دَعَا نِكَاحًا ، فَقَالَ الْقَاضِي : تُسْمَعُ دَعَاؤُهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِحُقُوقِهَا ،
فَتُسْمَعُ دَعَاؤُهَا فِيهِ ، كَالْبَيْعِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تُسْمَعُ دَعَاؤُهَا (٩) ؛

(٤-٤) في ١ : « يعلمها » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦-٦) في م : « لم يختلف الناس فيه ، والأصل عدمها » .

(٧) في م : « الشروط » .

(٨) في ب : « انفردت » .

(٩) في م زيادة : « فيه » .

لأنَّ النِّكَاحَ حَقٌّ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا ، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهَا حَقًّا لغيرِهَا . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، سُئِلَ الزَّوْجُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تُسْتَحْلَفِ الْمَرْأَةُ وَالْحَقُّ عَلَيْهَا ، فَلَا أَنْ لَا يُسْتَحْلَفَ مِنَ الْحَقِّ لَهُ ، ^(١٠) «وَهُوَ يُنْكِرُهَا» ، أَوْلى ^(١١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسْتَحْلَفَ ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهَا إِنَّمَا سُمِعَتْ لِتَضَمُّنِهَا دَعْوَى ^(١٢) حُقُوقِ مَالِيَّةٍ تُشْرَعُ فِيهَا الْيَمِينُ . وَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِالنِّكَاحِ ، ثَبَّتَ لَهَا مَا تَضَمَّنَهُ النِّكَاحُ مِنْ حُقُوقِهَا . وَأَمَّا إِبَاحَتُهَا لَهُ ، فَتُسَبِّحُ عَلَى بَاطِنِ الْأَمْرِ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا أَمْرُتُهُ ، ^(١٣) حَلَّتْ لَهُ ؛ لِأَنَّ إِنْكَارَهُ النِّكَاحَ لَيْسَ بِطَّلَاقٍ ، وَلَا نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْرُتُهُ ؛ إِمَّا لَعَدَمِ الْعَقْدِ ، أَوْ لَبْسِ نَوْتِهَا مِنْهُ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ . وَهَلْ يُمَكِّنُ مِنْهَا فِي الظَّاهِرِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُمَكِّنُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ قَدْ حَكَمَ بِالزَّوْجِيَّةِ . وَالثَّانِي ، لَا يُمَكِّنُ مِنْهَا ، لِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، دُونَ مَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ ^(١٤) امْرَأَةً ، ثُمَّ قَالَ : هِيَ أُخْتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . فَإِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ دَعْوَاهَا النِّكَاحَ كَدَعْوَى الزَّوْجِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، مِنْ الْكَشْفِ عَنْ سَبَبِ النِّكَاحِ ، وَشَرَائِطِ الْعَقْدِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي هَذَا / ١٣٠/١١

الفصل .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ الْعُقُودِ ^(١٥) غَيْرُ النِّكَاحِ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالصُّلْحِ وَغَيْرِهَا ، فَلَا يَفْتَقَرُ إِلَى الْكَشْفِ ، وَذَكَرَ الشَّرُوطَ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا لَا يَحْتَاطُ لَهَا وَلَا تَفْتَقَرُ إِلَى الْوَلِيِّ وَالشُّهُودِ ، فَلَمْ تَفْتَقَرْ إِلَى الْكَشْفِ ، كَدَعْوَى الْعَيْنِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً أَوْ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهَا مَبِيعٌ ، فَأَشْبَهَتْ الْعَبْدَ ^(١٦) ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِ السَّبَبِ ؛ لِأَنَّ أَسْبَابَ ذَلِكَ تَكْثُرُ وَلَا تَنْحَصِرُ ، وَرَبَّمَا خَفِيَ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ سَبَبُ

(١٠-١١) سقط من : أ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) في أ : « معني » .

(١٣) في م : « زوجته » .

(١٤) في ب : « زوج » .

(١٥-١٦) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٦) في الأصل ، ب ، م : « الجارية » .

استَحَقَّاقِهِ ، فلا يُكَلِّفُ بَيَّانَهُ ، وَيُكَفِّهِ أَنْ يَقُولَ : اسْتَحَقَّقْتُ هَذِهِ الْعَيْنَ الَّتِي فِي يَدِهِ ، أَوْ اسْتَحَقَّقْتُ كَذَا وَكَذَا فِي ذِمَّتِهِ . وَيَقُولُ فِي الْبَيْعِ : إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْهُ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، أَوْ بَعْتُهَا مِنْهُ بِذَلِكَ . وَلَا يَخْتَارُ أَنْ يَقُولَ : وَهِيَ مِلْكُهُ ، ^(١٧) أَوْ وَهِيَ مِلْكِي ^(١٨) - وَنَحْوَ ذَلِكَ ^(١٩) الْأَمْرِ - وَتَفَرَّقْنَا عَنْ تَرَاضٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْحَطَّابِ فِي الْعُقُودِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهَا ، قِيَاسًا عَلَى النِّكَاحِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، وَوَجْهًا ثَالِثًا ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً ، اشْتَرَطَ ذِكْرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، فَأُشْبِهَ النِّكَاحَ ، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَيْرَهَا ، لَمْ يُشْتَرَطْ ؛ لِعدمِ ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُمَا دَعَاوَى فِيمَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْوَلِيُّ وَالشَّهْوُ ، أُشْبِهَ دَعَاوَى الْعَيْنِ . وَمَا لَزِمَ ذِكْرُهُ فِي الدَّعَاوَى ، فَلَمْ يَذْكُرْهُ ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ عَنْهُ ، لِتَصْيِيرِ الدَّعَاوَى مَعْلُومَةً ، فَيُمْكِنُ الْحَاكِمَ الْحُكْمُ بِهَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا سَائِرَ الدَّعَاوَى فِيمَا سَبَقَ ، بِمَا أَغْنَى عَنْ إِعَادَتِهِ هَهُنَا .

١٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعى ذَابَّةً فِي يَدِ رَجُلٍ ، فَأَنكَرَ ^(١) ، وَأَقَامَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعِي بِبَيِّنَتِهِ ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَنَا بِسَمَاعِ ^(٢) بَيِّنَةٍ / الْمُدَّعَى وَيَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَمْ لَا ، أَوْ قَالَتْ : وَلَدْتُ فِي مِلْكِهِ ^(٣))

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ ادَّعى شَيْئًا فِي يَدِ غَيْرِهِ ، فَأَنكَرَهُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى تُسَمَّى بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ، وَبَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تُسَمَّى بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ ، وَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا إِذَا تَعَارَضَتَا ، فَالْمَشْهُورُ عَنْهُ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَعَنْهُ ، رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، إِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ بِسَبَبِ الْمَلِكِ ، وَقَالَتْ ^(٤) : نُبْتَجَتْ فِي مِلْكِهِ ، أَوْ اشْتَرَاهَا ، أَوْ نَسَجَهَا . أَوْ كَانَتْ بَيِّنَتَهُ

(١٧-١٨) سقط من : ب .

(١٨) في النسخ : « ونحن جائز » .

(١) في أ : « فَأَنكَرَهُ » .

(٢) في أ : « باستماع » .

(٣) في م زيادة : « عليه » .

(٤) في الأصل : « فقال » . وفي ب : « فقالت » .

أَقْدَمَ تَارِيحًا، قُدِّمَتْ، وَإِلَّا قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى . وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور، فى التَّنَاجِ والتَّنَاسُجِ، فِيمَا لَا يَتَكَرَّرُ نَسْجُهُ، فَأَمَّا مَا يَتَكَرَّرُ نَسْجُهُ، كَالصُّوفِ وَالْحَزِّ، فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا شَهِدَتْ بِالسَّبَبِ ، فَقَدْ أَفَادَتْ مَا لَا تُفِيدُهُ الْيَدُ ، وَقَدْ رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فِي دَابَّةٍ أَوْ بَعِيرٍ ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ بِأَنَّهَا لَهُ ، ائْتَنَجَهَا ، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِى هِىَ فِي يَدِهِ ^(٥) . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، رَوَايَةً ثَالِثَةً ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تَقْدَمُ بِكُلِّ حَالٍ . وهو قولُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالْحَكَمِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى عُبَيْدٍ . وَقَالَ : هُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَأَهْلِ الشَّامِ . وَرَوَى ذَلِكَ ^(٦) عَنْ طَاوُسٍ . وَأَنْكَرَ الْقَاضِي كَوْنُ هَذَا رَوَايَةً عَنْ أَحَدٍ ، وَقَالَ : لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الدَّاحِلِ إِذَا لَمْ تُقَدِّمْ إِلَّا مَا أَفَادَتْهُ يَدُهُ ، رَوَايَةً وَاحِدَةً . وَاحْتَجَّ مَنْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ بِأَنَّ جَنْبَةَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَقْوَى ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَيَمِينُهُ تَقْدَمُ عَلَى يَمِينِ الْمُدَّعَى ، فَإِذَا تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَجَبَ إِبْقَاءُ يَدِهِ عَلَى مَا فِيهَا ، وَتَقْدِيمُهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَحَدِيثُ جَابِرٍ يُدَلُّ عَلَى هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا قُدِّمَتْ ^(٧) بَيِّنَتُهُ لِيَدِهِ . وَلَنَا ، / قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٨) . فَجَعَلَ جَنْسَ الْبَيِّنَةِ فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعَى ، فَلَا يَبْقَى فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الْمُدَّعَى أَكْثَرُ فَائِدَةً ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهَا ، كَتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْجَرْحِ عَلَى التَّعْدِيلِ . وَدَلِيلُ كَثَرَةِ فَائِدَتِهَا ، أَنَّهَا تُثَبِّتُ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ ، وَبَيِّنَةُ الْمُنْكَرِ إِنَّمَا تُثَبِّتُ ظَاهِرًا تَدُلُّ الْيَدُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ تَكُنْ مُفِيدَةً ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْمَلِكِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَنَدُهَا رُؤْيَا الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَصَارَتِ الْبَيِّنَةُ بِمَنْزِلَةِ الْيَدِ الْمُمَرَّدَةِ ، فَتَقْدَمُ عَلَيْهَا بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى ، كَمَا تَقْدَمُ عَلَى الْيَدِ ، كَمَا أَنَّ شَاهِدِي الْفَرْعِ لَمَّا كَانَا مَبْنِيَيْنِ عَلَى شَاهِدِي الْأَصْلِ ، لَمْ تَكُنْ لَهُمَا مَزِيَّةً عَلَيْهِمَا .

و ١٣١/١١

(٥) أخرجه البيهقي ، فى : باب المتداعيين يتنازعان ... ، من كتاب الدعوى والبيانات . السنن الكبرى ٢٥٦/١٠ . والدارقطنى ، فى : كتاب فى الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطنى ٢٠٩/٤ . والإمام الشافعى ، انظر : كتاب الأحكام والأقضية ، من ترتيب المسند ١٨٠/٢ .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى ١ : « قدم » .

(٨) تقدم تخريجه ، فى حاشية : ٥٨٧/٦ .

فصل : وأى البيتين قدمناها ، لم يخلف صاحبها معها . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : يستخلف صاحب اليد ؛ لأن البيتين سقطتا بتعارضهما ، فصارا كمن لا بينة لهما ، فيخلف الداخل^(٩) كما لو لم تكن لواحد منهما بينة . ولنا ، أن إحدى البيتين راجحة ، فيجب الحكم بها منفردة ، كما لو تعارض خبران ، خاص وعام ، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط ، وإنما ترجح ، ويعمل بها ، وتسقط المرجوحة .

فصل : فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر ، نظرت ؛ فإن كانت البينة للمدعي وحده ، حكم بها ، ولم يخلف ، بغير خلاف في المذهب . وهو قول أهل الفتيا من أهل الأئصار ؛ منهم الزهرى ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . وقال شريح ، وعون بن عبد الله^(١٠) ، والنخعي ، والشعبي ، وابن أبي ليلى : يستخلف الرجل مع بينته . قال شريح لرجل^(١١) : لو أثبتت عندي كذا وكذا شاهدا ، ما قضيت لك حتى تحلف^(١٢) . ولنا ، قول النبي ﷺ للحضر مري : « بينتك ، أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك »^(١٣) . ١٣١/١١ ط

وقول النبي ﷺ : « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » . ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى ، فيكتفى بها ، كاليمين . قال أصحابنا : ولا فرق بين الحاضر والغائب ، والحى والميت ، والصغير والكبير ، والمجنون والمكلف . وقال الشافعي : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه ، أخلف^(١٤) المشهود له ، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء ، فيقوم الحاكم مقامه في ذلك ، لتزول الشبهة . وهذا حسن ؛ فإن قيام البينة للمدعى بثبوت حقه ، لا ينفي احتمال القضاء والإبراء ، بدليل أن

(٩) سقط من : ١ .

(١٠) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي ، كان من أدب أهل المدينة وأفقههم ، توفي سنة بضع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/١٠٣ - ١٠٥ .

(١١) لم يرد في : الأصل ، ١ ، ب .

(١٢) في أخبار القضاة ، لوكيع ٢/٣١٠ ، أنه قضى باليمين مع الشاهد .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢ .

(١٤) في ١ : حلف .

الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ ادَّعَاهُ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ وَبَيَّنَّتْهُ ، فَإِذَا ^(١٥) كَانَ حَاضِرًا مُكَلَّفًا ، فَسُكُوتُهُ عَنْ دَعْوَى ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى انْتِفَائِهِ ، فَيُكْتَفَى بِالْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، أَوْ مِمَّنْ لَا قَوْلَ لَهُ ، نُفِيَ اِحْتِمَالُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ ، فَتُشْرَعُ الْيَمِينُ لِنَفْيِهِ ^(١٦) . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، وَكَانَتْ ^(١٧) لِلْمُنْكَرِ بَيِّنَةٌ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْحَلِفِ مَعَهَا ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِهَا مَعَ التَّعَارُضِ ، وَأَنَّهُ لَا يَحْلِفُ مَعَهَا ، فَمَعَ انْفِرَادِهَا أَوَّلَى ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يُكْتَفَى بِهَا عَنِ الْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْيَمِينِ ، فَإِذَا اكْتَفِيَ بِالْيَمِينِ ، ففِيمَا ^(١٨) هُوَ أَقْوَى مِنْهَا أَوَّلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُشْرَعَ الْيَمِينُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ هُنَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مُسْتَنَدًا لِهَا الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ ، فَلَا تُفِيدُ إِلَّا مَا أَفَادَتْهُ الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ ، وَذَلِكَ لَا يُغْنِي عَنِ الْيَمِينِ ، فَكَذَلِكَ مَا قَامَ مَقَامَهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّ الدَّابَّةَ مِلْكُهُ ، وَأَنَّهُ أَوْدَعَهَا لِلدَّاحِلِ ، أَوْ أَعَارَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ أَجَرَهَا مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ؛ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ / مُقَدَّمَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : بَيِّنَةُ الدَّاحِلِ مُقَدَّمَةٌ ، لِأَنَّهُ هُوَ الْخَارِجُ فِي الْمَعْنَى ، لِأَنَّهُ ثَبِتَ أَنَّ الْمُدَّعَى صَاحِبُ الْيَدِ ، وَأَنَّ يَدَ الدَّاحِلِ نَائِبَةٌ عَنْهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . وَلِأَنَّ الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَتَكُونُ الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعَى ، كَمَا لَوْ لَمْ يَدَّعِ الْإِدَاعَ ، يُحَقِّقُهُ أَنْ دَعْوَاهُ الْإِدَاعَ زِيَادَةٌ فِي حُجَّتِهِ ، وَشَهَادَةُ الْبَيِّنَةِ بِهَا تَقْوِيَةُ لَهَا ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُبْطِلَةً لِبَيِّنَتِهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّ الدَّاحِلَ غَضَبَهُ إِيَّاهَا ، فَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، فَهِيَ ^(١٩) لِلْخَارِجِ ، وَيَقْتَضِي قَوْلُ الْقَاضِي أَنَّهَا لِلدَّاحِلِ ، وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ جِلْدُ شَاةٍ مَسْلُوحَةٍ ، وَرَأْسُهَا وَسَوَاقُطُهَا وَبَاقِيهَا فِي يَدِ آخَرَ ، فَأَدَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّهَا ، وَلَا بَيِّنَةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ مَعَ

(١٥) فِي م : « فَإِنْ » .

(١٦) فِي ب ، م : « لِنَفْسِهِ » .

(١٧) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، م .

(١٨) فِي الْأَصْلُ ، ب ، م : « فِيمَا » .

(١٩) فِي ب : « قَضَى » .

يَمِينِهِ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، وَقُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَأَةٌ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّأَةَ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمَا ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَصَاحِبِهِ ، وَكَانَتِ الشَّأَةُ الَّتِي فِي يَدِهِ لَهُ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشَّأَةُ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَلَا تَعَارُضَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَالَ : هَذِهِ الشَّأَةُ الَّتِي فِي يَدِكَ لِي ، مِنْ نِتَاجِ شَاتِي هَذِهِ . فَالْتَعَارُضُ فِي النِّتَاجِ ، لَا فِي الْمَلِكِ^(٢٠) . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّائِئِينَ لِي دُونَ صَاحِبِي ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضْنَا ، وَابْتَنَى ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ ، فَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ الْآخَرِ ، وَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، أَوْ قَدَّمَهَا إِذَا شَهِدَتْ / بِالنِّتَاجِ ، جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ .

ظ ١٣٢/١١

فصل : وَإِذَا ادَّعَى زَيْدٌ شَأَةً فِي يَدِ عَمْرٍو ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، فَحَكَمَ لَهُ بِهَا حَاكِمٌ ، ثُمَّ ادَّعَاهَا عَمْرٌو عَلَى زَيْدٍ ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ؛ فَإِنْ قُلْنَا : بَيِّنَةُ الْخَارِجِ مُقَدَّمَةٌ . لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَةُ عَمْرٍو ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ زَيْدٍ مُقَدَّمَةٌ عَلَيْهَا . وَإِنْ قُلْنَا : بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ مُقَدَّمَةٌ . نَظَرْنَا فِي الْحُكْمِ كَيْفَ وَقَعَ ؛ فَإِنْ كَانَ حُكْمُ بِلِزِيدٍ لِأَنَّ عَمْرًا لَا بَيِّنَةَ لَهُ ، رُدَّتْ إِلَى عَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ^(٢١) قَدْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وَالْيَدُ كَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ^(٢٢) حُكْمُ بِلِزِيدٍ لِأَنَّهُ يَرَى تَقْدِيمَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ ، لَمْ يُنْقَضْ حُكْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٣) حَكَمَ بِمَا يَسُوغُ الِاجْتِهَادَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةُ عَمْرٍو قَدْ شَهِدَتْ لَهُ أَيْضًا ، وَرَدَّهَا الْحَاكِمُ لِفُسْطِقِهَا ، ثُمَّ عُدَّتْ ، لَمْ يُنْقَضِ الْحُكْمُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِفُسْطِقِهِ ، ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ ، لَمْ تُقْبَلْ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَاكِمُ^(٢٤) كَيْفَ كَانَ ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٥) حُكْمُ حَاكِمٍ^(٢٥) ، الْأَصْلُ جَرَيَانُهُ عَلَى الْعَدْلِ^(٢٦) وَالْإِنْصَافِ وَالصَّحَّةِ ، فَلَا

(٢٠) في م زيادة : « إِذْ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبِتُ الْآخَرَى وَالْحُكْمَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ » .

(٢١-٢٢) سقط من ١ : نقل نظر .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في ب ، م : « الْحُكْمُ » .

(٢٤) في ب ، م : « لِأَنَّ » .

(٢٥) في ب ، م : « الْحَاكِمُ » .

(٢٦) سقط من ١ : .

يُنْقَضُ بِالْإِخْتِمَالِ . فَإِنْ جَاءَ ثَالِثٌ ، فَأَدَّعَاهَا ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، فَبَيِّنَتُهُ وَبَيِّنَةُ زَيْدٍ مُتَعَارِضَتَانِ ، وَلَا يَحْتَاجُ زَيْدٌ إِلَى إِقَامَةِ بَيِّنَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ شَهِدَتْ مَرَّةً ، وَهِيَ سَوَاءٌ فِي الشَّهَادَةِ حَالِ التَّنَازُعِ ، فَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى إِعَادَتِهَا ، كَالْبَيِّنَةِ إِذَا شَهِدَتْ ، وَوَقَفَ الْحَكْمُ عَلَى الْبَحْثِ عَنْ حَالِهَا ، ثُمَّ بَاءَتْ عِدَالَتُهَا ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ ، وَيُحْكَمُ بِهَا^(٢٧) مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَتِهَا ، كَذَا هُنَا .

فصل : وإذا كان في يد رجل شاةٌ ، فأدَّعَاهَا رَجُلٌ أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَادَّعَى الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ أَنَّهَا فِي يَدِهِ^(٢٨) مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، فَهِيَ لِلْمُدَّعَى ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تَشْهَدُ لَهُ بِالْمِلْكِ ، وَبَيِّنَةُ الدَّاخِلِ تَشْهَدُ بِالْيَدِ خَاصَّةً ، فَلَا تَعَارِضُ بَيْنَهُمَا ، لِإِمْكَانِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا ، بِأَنْ تَكُونَ الْيَدُ عَنْ^(٢٩) غَيْرِ مِلْكِ ، فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْمِلْكِ أَوْلَى . فَإِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ بَأْنِهَا مِلْكُهُ مِنْذُ / سَنَتَيْنِ ، فَقَدْ تَعَارَضَ تَرْجِيحَانِ ، تُقَدَّمُ التَّارِيخُ مِنْ جِهَةِ^(٣٠) بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَكَوْنُ الْأُخْرَى بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَيَقْتَضِيهِ عُمُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَنَدُهَا الْيَدُ ، فَلَا تُفِيدُ أَكْثَرَ مِمَّا تُفِيدُهُ الْيَدُ ، فَأَشْبَهَتِ الصُّورَةَ الَّتِي قَبْلَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَضَمَّنَتْ زِيَادَةً . فَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ أَنَّهَا يَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَنَّهَا يَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ، إِلَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تُقَدَّمُ فِيهَا بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ ، فَيُخَرَّجُ فِيهَا وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهَا قَوْلَانِ . وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّهَا مِلْكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَادَّعَى الدَّاخِلُ أَنَّهَا اشْتَرَاهَا مِنْهُ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . فَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُ الْبَيِّنَتَيْنِ^(٣١) ، إِلَّا أَنَّ بَيِّنَةَ

و ١٣٣/١١

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في الأصل ، ا ، ب : « يديه » .

(٢٩) في م : « على » .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣١) في م : « السنين » .

الداخل تشهدُ بِنَتَاج ، أو بشرَاء ، أو غَنِيمة ، أو إِرْث ، أو هبة من مالِك ، أو قَطِيعَةٍ من الإمام ، أو سَبِّ^(٣٢) من أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، ففى أَيُّهُمَا تُقَدَّمُ ؟ رَوَاتَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا . وإن ادَّعى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْآخَرِ ، قُضِيَ لَهَا ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْإِيتِاجِ شَهِدَتْ بِأَمْرِ حَادِثٍ ، خَفِيَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْآخَرَى ، فَقُدِّمَتْ عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْجَرْجِ عَلَى بَيِّنَةِ^(٣٣) التَّعْدِيلِ .

١٩٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ فِي أَيْدِيهِمَا ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُالَهُ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُالَهُ ، نُبِجَتْ فِي مَلِكِهِ ، سَقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، وَكَانَتِ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي التَّصْنِيفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا تَنَازَعَ رَجُلَانِ فِي غَيْرِ / فِي أَيْدِيهِمَا ، فَأَدَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُالَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ وَلَمْ تَكُنْ لهُمَا بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَصَاحِبِهِ ، وَجُعِلَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ نَكَلَا جَمِيعًا عَنِ الْيَمِينِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِ الْآخَرِ بِنُكُولِهِ . وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا ، وَحَلَفَ الْآخَرُ ، قُضِيَ لَهُ بِجَمِيعِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِهِ بِيَمِينِهِ ، وَمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، إِمَّا بِنُكُولِهِ ، وَإِمَّا بِيَمِينِهِ الَّتِي رُدَّتْ عَلَيْهِ عِنْدَ نُكُولِ صَاحِبِهِ . وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ دُونَ الْآخَرِ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، وَتَسَاوَتَا ، تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَقُسِمَتِ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعِيرٍ ،^(١) فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَيْنِ ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٢) بِالْبَعِيرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلِأَنَّ كُلَّ

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « سَبَب » .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٢) فِي : بَابِ الرِّجَالَيْنِ يَدْعِيَانِ شَيْئًا وَلَيْسَتْ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٧٨/٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ . الْمُجْتَمِعُ ٢١٧/٨ . وَابْيَهَقِي ، فِي : بَابِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ يَتَنَازَعَانِ ... ، مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٥٤/١٠ .

وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلٌ فِي نِصْفِ الْعَيْنِ ، خَارِجٌ عَنْ^(٣) نِصْفِهَا ، فَتَقْدُمُ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
فِي مَا فِي يَدِهِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، وَفِي مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ،
فَيَسْتَوِيَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُفْرَعُ
بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ^(٤) ، حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ^(٥) ، لَا حَقَّ لِلْآخَرِ فِيهَا ، وَكَانَتْ الْعَيْنُ^(٦)
لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِلخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ ، هَلْ
يُحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النِّصْفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ ، أَوْ يَكُونُ لَهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؟ فَرُوِيَ أَنَّهُ
يَحْلِفُ ، وَهَذَا^(٧) الَّذِي^(٨) ذَكَرَ^(٩) الْخِرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ لَمَّا تَعَارَضَتَا مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ ،
وَجَبَّ إِسْقَاطُهُمَا^(١٠) ، كَالْخَبَرَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا وَتَسَاوَيَا ، وَإِذَا سَقَطَا صَارَ الْمُخْتَلِفَانِ كَمَنْ لَا
بَيِّنَةَ لهُمَا ، وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النِّصْفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ
الشَّافِعِيِّ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى الدَّاخِلِ مَعَ بَيِّنَتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلٌ فِي
نِصْفِهَا ، فَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ بِبَيِّنَتِهِ ، وَيَحْلِفُ مَعَهَا ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى ، أَنَّ الْعَيْنَ
تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ
أَصَحُّ ؛ لِلخَبَرِ وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَاتَيْنِ الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْخَبَرَيْنِ
الْمُتَسَاوَيْنَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ رَاجِحَةٌ فِي نِصْفِ الْعَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ . وَقَدْ
ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ الرَّاجِحَةَ يُحْكَمُ بِهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى يَمِينٍ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَتْ إِحْدَى
الْبَيِّنَتَيْنِ بَأَنَّ الْعَيْنَ لِهَذَا ، وَشَهِدَتِ الْأُخْرَى بِأَنَّهَا^(١١) لِهَذَا الْآخَرِ ، تُنْتَجِثُ فِي مِلْكِهِ ، فَقَدْ
ذَكَرْنَا فِي التَّرْجِيحِ بِهَذَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَرْجُحُ بِهِ^(١٢) . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ؛

و ١٣٤/١١

(٣) فِي الْأَصْلِ ، أ : « فِي » .

(٤) فِي ب : « لَهُ الْقُرْعَةُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٦) فِي م : « الْيَمِينِ » .

(٧) فِي أ : « وَهُوَ » .

(٨) فِي م : « ذَكَرَهُ » .

(٩) فِي م : « إِسْقَاطُهَا » .

(١٠) فِي م : « أَنَّهَا » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « تَرْجِيحِ » .

لأنَّهُما تَسَاوَيَا فيما يَرُجَعُ إلى المُخْتَلَفِ فيه ، وهو مِلْكُ العَيْنِ الآن ، فوَجِبَ تَسَاوِيهما في الحُكْمِ . والثَّانِيَة ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ النَّتَاجِ وما في مَعْنَاهُ . وهو مَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّها تَتَضَمَّنُ زِيَادَةَ عِلْمٍ ، وهو مَعْرِفَةُ السَّبَبِ ، والأُخْرَى خَفِيَ عَلَيْها ذَلِكَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ شَهادَتُهُما مُسْتَنَدَةً إلى مُجَرَّدِ اليَدِ والتَّصَرُّفِ ، فَتُقَدِّمُ الأُولَى عَلَيْها ، كَتَقْدِيمِ ^(١٢) بَيِّنَةِ الجَرَجِ على التَّعْدِيلِ . وهذا قَوْلُ القاضِي فيما إذا كَانَتِ العَيْنُ في يَدِ غَيْرِهما .

فصل : فَإِنْ شَهِدَتْ ^(١٣) إِحْدَاهُمَا أَنَّها لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وشَهِدَتِ الأُخْرَى أَنَّها لَهُ مِنْذُ سَتَيْنِ ، فظَاهِرُ كَلَامِ الخِرْقِيِّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُما ، وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وقال القاضِي : قِياسُ المَذْهَبِ تَقْدِيمُ / أَقْدَمُهُما تَارِيخًا . وهو قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، والقَوْلُ الثَّانِي للشَّافِعِيِّ ، ١٣٤/١١ ظ لِأَنَّ المُتَقَدِّمَةَ التَّارِيخَ ، أَثْبَتَتِ المِلْكَ لَهُ في وَقْتٍ لَمْ تُعَارِضْهُ فِيهِ ^(١٤) البَيِّنَةُ الأُخْرَى ، فَيُثْبِتُ المِلْكَ فِيهِ ، ولهذا لَهُ المُطَابَقَةُ بالتَّمَاءِ في ذَلِكَ الزَّمَانِ ، وتَعَارَضَتِ البَيِّنَتَانِ في المِلْكِ في الحَالِ ، فَسَقَطَتَا ، وَبَقِيَ مِلْكُ السَّابِقِ تَجِبُ اسْتِدْامَتُهُ ، وَأَنْ لَا يَثْبُتَ لِغَيْرِهِ مِلْكٌ ، إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ . وَوُجْهُ قَوْلِ الخِرْقِيِّ ، أَنَّ الشَّاهِدَ بِالمِلْكِ الحَادِثِ أَحَقُّ بِالتَّرْجِيحِ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَعْلَمَ بِهِ ^(١٤) دُونَ الأَوَّلِ ، ولهذا لَوْ ذَكَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنَ الآخِرِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، لَقُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ اتِّفَاقًا ، فَإِذَا لَمْ تَرْجَعْ بِهَذَا ، فَلَا أَقْلَ مِنَ التَّسَاوَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَثْبُتُ المِلْكُ في الزَّمَنِ المَاضِي مِنْ غَيْرِ مُعَارَضَةٍ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَثْبُتُ تَبَعًا لثُبُوتِهِ في الحَالِ ، وَلَوْ انْفَرَدَ بِأَنْ يَدْعِيَ المِلْكَ في المَاضِي ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ ، فَإِنْ وَقَّتْ إِحْدَاهُمَا وَأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، فَهُمَا سَوَاءٌ . ذَكَرَهُ القاضِي . وقال أَبُو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يُحْكَمَ بِهِ لِمَنْ لَمْ يُوقَّتْ . وهو قَوْلُ أَيْ يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي إِحْدَاهُمَا مَا يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ مِنْ تَقَدُّمِ المِلْكِ وَلَا غَيْرِهِ ، فَوَجِبَ اسْتِوَاؤُهُما ، كَمَا لَوْ أُطْلِقَتَا ، أَوْ اسْتَوَى تَارِيخُهُما .

فصل : وَلَا تَرْجُحُ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ بِكَثْرَةِ العَدَدِ ، وَلَا اشْتِهَارِ العَدَالَةِ . وبهذا قال أَبُو

(١٢) في ١ ، ب ، م : « كَتَقْدِيمِ » .

(١٣) في م : « شَهِدَ » .

(١٤) سقط من : ب .

حنيفة ، والشافعي . ويتخرَّجُ أن ترجح بذلك ، مأخوذاً من قول الخرقي : ويتبع الأعمى أو ثقهما في نفسه . وهذا قول مالك ؛ لأن أحد الخبرين يرجح بذلك ، وكذلك الشهادة ، لأنها خبر ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لعلة الظن بالشهود به ، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة ، كان الظن^(١٥) به أقوى . وقال الأوزاعي : يُقسَّم على عدد الشهود ، فإذا شهد لأحدهما^(١٦) شاهدان ، ولآخر^(١٧) أربعة ، قُسمت العين بينهما أثلاثاً ؛ لأن الشهادة سبب الاستحقاق ، فيوزع الحق عليها . ولنا ، أن الشهادة مقدرة ، / بالشرع ، فلا تختلف بالزيادة ، كالدية ، وتخالف الخبر ، فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد ، فرجح بالزيادة . والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين ، فصار الحكم متعلقاً بهما^(١٨) دون اعتبار الظن ، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات ، لا تقبل شهادتهن ، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركن . وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال ؛ لأن كل واحدة من البينتين حجة في المال ، فإذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان ولآخر شاهد ، فبذل يمينه معه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يتعارضان ؛ لأن كل واحد منهما حجة بمفرده ، فأشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين . والثاني ، يُقدَّم الشاهدان ، لأنهما حجة متفق عليها ، والشاهد واليمين مختلف فيها^(١٩) ، ولأن اليمين قوله لنفسه ، والبينة الكاملة شهادة الأجنبية ، فيجب تقديمها ، كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح ، إن شاء الله . وللشافعي قولان ، كالوجهين .

١٣٥/١١ و

فصل : وإذا كان في أيديهما دار ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، ولا بينة لهما ، فهي بينهما نصفين . نص عليه أحمد . وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ، ولا يمين على الآخر ؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه . ولا أعلم^(٢٠) في هذا

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في م : « والآخر » .

(١٨) في الأصل : « بها » .

(١٩) في م : « فيهما » .

(٢٠) في م : « نعلم » .

خِلَافًا . إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنْ ابْنِ شُبْرُمَةَ ، أَنَّ لِمُدَّعَى^(٢١) الْكُلِّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا ، لِأَنَّ النِّصْفَ لَهُ لَا يُنَازَعُ^(٢٢) فِيهِ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ دَعْوَاهُمَا فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ يَدَ مُدَّعَى النِّصْفِ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَسَائِرِ الدَّعَاوِي . فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ بِمَا يَدَّعِيهِ ، فَقَدْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا^(٢٣) فِي النِّصْفِ ، فَيَكُونُ النِّصْفُ^(٢٤) / لِمُدَّعَى الْكُلِّ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ يَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ فِي أَىِّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَقَدَّمَ ، ١١ / ١٣٥ ط

وظَاهِرُ الْمَذْهَبِ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى ، فَتَكُونُ الدَّارُ كُلُّهَا لِمُدَّعَى الْكُلِّ . وَهُوَ قَوْلُ أُمِّ حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبِيهِ . فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ ثَالِثٍ لَا يَدَّعِيهَا ، فَالنِّصْفُ لِصَاحِبِ الْكُلِّ ، لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا فِي النِّصْفِ الْآخَرِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ ، وَكَانَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتْ وَسَقَطْنَا ، وَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلُ الْبَيِّنَتَانِ . أَقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، وَقُدِّمَ مَنْ تَقَعَ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي ، يُقَسَّمُ النِّصْفُ^(٢٤) الْمُخْتَلَفُ فِيهِ^(٢٤) بَيْنَهُمَا ، فَيَصِيرُ لِمُدَّعَى الْكُلِّ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ دَارُ^(٢٥) فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ ، ادَّعَى أَحَدُهُمْ^(٢٦) نِصْفَهَا ، وَادَّعَى الْآخَرُ ثُلُثَهَا ، وَادَّعَى الْآخَرُ سُدُسَهَا ، فَهَذَا اتِّفَاقٌ مِنْهُمْ عَلَى كَيْفِيَّةِ مِلْكِهِمْ ، وَلَيْسَ هَهُنَا اخْتِلَافٌ وَلَا تَجَاحُدٌ ، فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنَّ بَاقِيَ الدَّارِ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَارِيَّةٌ مَعِيَ ، وَكَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ مِنَ الْمِلْكِ بَيِّنَةٌ ، قُضِيَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تَشْهَدُ لَهُ بِمَا ادَّعَاهُ ، وَلَا مُعَارَضَ لَهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ^(٢٧) بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَأَقِرَّ فِي يَدِهِ ثُلُثَهَا .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهَا ، وَالْآخَرُ^(٢٨) نِصْفَهَا ، وَالْآخَرُ ثُلُثَهَا ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ

(٢١) في م : « المدعى » .

(٢٢) في ب ، م : « منازع » .

(٢٣-٢٣) في م : « فالنصف » .

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) في ب ، م : « الدار » .

(٢٦) سقط من : ا .

(٢٧) في الأصل ، ب ، م : « منها » .

(٢٨) في م : « وادعى الآخر » .

لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ بَيِّنَةٌ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْيَمِينُ عَلَى مَا حَكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ
يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ثُلُثَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ لِمُدَّعِيِ
الْجَمِيعِ ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لِمُدَّعِيِ النِّصْفِ ، أَخَذَهُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ،
لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ السُّدُسُ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، وَيُحْلِفُ عَلَى نِصْفِ السُّدُسِ ، وَيُحْلِفُ الْآخَرُ عَلَى
الرُّبْعِ الَّذِي يَأْخُذُهُ ^(٢٩) . جَمِيعُهُ . فَإِنْ كَانَتْ الْبَيِّنَةُ لِمُدَّعِيِ الثُّلُثِ ، أَخَذَهُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ / ١١/٣٦
الْآخَرَيْنِ ، لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ السُّدُسُ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، ^(٣٠) وَيُحْلِفُ عَلَى السُّدُسِ الْآخَرِ ^(٣١) ،
وَيُحْلِفُ ^(٣٢) الْآخَرُ عَلَى جَمِيعِ مَا يَأْخُذُهُ . وَإِنْ كَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِمَا يَدَّعِيهِ بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ قُلْنَا :
تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ . قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى الثُّلُثِ . وَإِنْ
قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَيُنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهَا دَاخِلَةٌ ،
وَلِمُدَّعِيِ النِّصْفِ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ خَارِجَةٌ فِيهِ ، وَلِمُدَّعِيِ الْكُلِّ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ ؛ لِأَنَّ
لَهُ السُّدُسَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ؛ لِكَوْنِهِ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، فَإِنْ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَهُ الثُّلُثَانِ ؛ لِكَوْنِ بَيِّنَتِهِ
خَارِجَةً عَنْهَا ^(٣٢) . وَقِيلَ : بَلْ لِمُدَّعِيِ الثُّلُثِ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ مُدَّعِيِ الْكُلِّ وَمُدَّعِيِ
النِّصْفِ تَعَارَضَتَا فِيهِ ، فَتَسَاقَطَتَا ، وَبَقِيَ لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِمُدَّعِيِ النِّصْفِ ؛
لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ لِمُدَّعِيِ الثُّلُثِ بَيِّنَةٌ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ . وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِ
غَيْرِهِمْ ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، فَالنِّصْفُ لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُمْ
مَنْ يَدَّعِيهِ ، وَيُفْرَغُ بَيْنَهُمْ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لِصَاحِبِ الْكُلِّ ، أَوْ
لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، حَلَفَ وَأَخَذَ الثُّلُثَ ،
ثُمَّ يُفْرَغُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ فِي السُّدُسِ ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمْ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالنِّصْفُ لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَالسُّدُسُ الزَّائِدُ ، يَتَنَازَعُهُ
مُدَّعِيِ الْكُلِّ وَمُدَّعِيِ النِّصْفِ ، وَالثُّلُثُ يَدَّعِيهِ الثَّلَاثَةُ ، وَقَدْ تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَاتُ فِيهِ ، فَإِنْ
قُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيِّنَاتُ . أَفَرَعْنَا بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ فِيمَا تَنَازَعُوا فِيهِ ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ
وَأَخَذَهُ ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ بَيِّنَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ إِذَا

(٢٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : « أَخَذَهُ » .

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَلَيْهِ » .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « عَنْهَا » .

كان بالعراق . وعلى الرواية التي تقول : إذا / تعارضت البيئات ، قُسمت العين بين ١١/٣٦ ط
المُدَّعَيْن . فلمُدَّعى الكُلِّ النِّصْفُ ونِصْفُ السُّدُسِ الرَّائِدِ عن الثُّلُثِ وثلثُ الثُّلُثِ ،
ولمُدَّعى النِّصْفِ نِصْفُ السُّدُسِ وثلثُ الثُّلُثِ ، ولمُدَّعى الثُّلُثِ ثُلُثُهُ وَهُوَ التُّسْعُ ، فَتُخْرَجُ
المَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ؛ لِمُدَّعى الكُلِّ النِّصْفُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَهْمًا ^(٣٣) ، ونِصْفُ
السُّدُسِ ثَلَاثَةٌ ، وَالتُّسْعُ أَرْبَعَةٌ ، فَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ سَهْمًا ، وَلصَاحِبِ النِّصْفِ
سَبْعَةٌ ، وَلِمُدَّعى الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ وَهُوَ التُّسْعُ . وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ قَتَادَةَ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ،
وَابْنِ شُبْرَمَةَ ، وَحَمَّادٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَهُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يَأْخُذُ مُدَّعى
الكُلِّ النِّصْفَ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي حَتَّى يَتَبَيَّنَ . وَيُرْوَى هَذَا عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَقَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ : تُقَسَّمُ الْعَيْنُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ عَوْلِ الْفَرَائِضِ ،
لصَاحِبِ الكُلِّ سِتَّةٌ ، وَلصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ ، وَلصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، فَتَصْرُحُ مِنْ
أَحَدِ عَشَرَ سَهْمًا . وَسُئِلَ سَهْلُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُوَيْسٍ ^(٣٤) عَنْ ثَلَاثَةِ ادَّعَوْا كَيْسًا وَهُوَ
بَأْيَدِيهِمْ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، وَحَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى مَا ادَّعَاهُ ؛ ادَّعى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهُ ،
وَادَّعى آخَرُ ثَلَاثِيَهُ ، وَادَّعى آخَرُ نِصْفَهُ ؟ فَأَجَابَ فِيهَا ^(٣٥) بِشِعْرِ ^(٣٦) :

نَظَرْتُ أَبَا يَعْقُوبَ فِي الْحَسَبِ الَّتِي	طَرْتُ فَأَقَامَتْ مِنْهُمْ كُلَّ قَاعِدٍ
فَلِمُدَّعى الثُّلَاثِينَ ثُلُثٌ وَلِلَّذِي	اسْتَلَطَ جَمِيعَ الْمَالِ عِنْدَ التَّحَاشِدِ
مِنَ الْمَالِ نِصْفٌ غَيْرَ مَا سَيُؤْبَهُ	وَحِصَّتُهُ مِنْ نِصْفِ ذَا الْمَالِ زَائِدٍ
وَلِلْمُدَّعى نِصْفًا مِنَ الْمَالِ رُبْعُهُ	وَيُؤْخَذُ نِصْفُ السُّدُسِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ

وَهَذَا قَوْلٌ مَنْ قَسَمَ الْمَالَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْعَوْلِ ، فَكَأَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَالَتْ ^(٣٧) مِنْ سِتَّةٍ ^(٣٨)
إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ أَخَذَ مَخَارِجَ ^(٣٨) الْكُسُورِ ، وَهِيَ سِتَّةٌ ، فَجَعَلَهَا لِمُدَّعى الكُلِّ ،
وَلِثَلَاثِهَا أَرْبَعَةً لِمُدَّعى الثُّلَاثِينَ ، وَنِصْفُهَا ثَلَاثَةً ، لِمُدَّعى النِّصْفِ ، صَارَتْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ .

(٣٣) سقط من : ١ .

(٣٤) في ب ، م : « أَوْس » . وفي الشرح الكبير ٣٢٢/٦ : « بَنِ أَوْس » .

(٣٥) في ب ، م : « فِيهِمْ » .

(٣٦) في م زيادة : « يَقُولُ » .

(٣٧-٣٨) سقط من : الأَصْلُ ، ١ ، ب .

(٣٨) في م : « مَخْرَجٌ » .

فصل : / فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِي^(٣٩) أَرْبَعَةٍ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهَا ، وَالثَّانِي تَلْتِيهَا ، وَالثَّلَاثُ نِصْفَهَا ، وَالرَّابِعُ ثُلُثُهَا ، وَلَا بَيْنَهُ لَهَا ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ وَلَهُ رُبْعُهَا ؛ لِأَنَّهُ^(٤٠) فِي يَدِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ بَيْنَهُ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيْنَهُ الدَّاخل . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دَاخِلٌ فِي رُبْعِهَا ، فَتُقَدَّمُ بَيْنَهُ فِيهِ . وَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيْنَهُ الْخَارِجُ . فَإِنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا ادَّعَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهَا ، فَأُتِيَ كَرَاهَا ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُ بِدَعْوَاهُ ، تَعَارَضَتَا ، وَأُفِرَّ الشَّيْءُ فِي يَدٍ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدٍ خَامِسَةٍ لَا يَدْعِيهَا ، وَلَا بَيْنَهُ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْثُلُثُ لِمُدَّعَى الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُ فِي الْبَاقِي ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لِصَاحِبِ الْكُلِّ ، أَوْ لِمُدَّعَى الثَّلَاثَيْنِ ، أَخَذَهُ ، وَإِنْ وَقَعَتْ لِمُدَّعَى النِّصْفِ ، أَخَذَهُ ، وَأُفِرَّ عَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ فِي الْبَاقِي ، وَإِنْ وَقَعَتْ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِ ، أَخَذَهُ ، وَأُفِرَّ عَيْنَ الثَّلَاثَةِ فِي الثَّلَاثِ الْبَاقِي . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وَالشَّافِعِيُّ إِذَا كَانَ بِالْعِرَاقِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ عَبَرُوا عَنْهُ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى ، فَقَالُوا : لِمُدَّعَى الْكُلِّ الثَّلَاثُ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُدَّعَى الثَّلَاثَيْنِ فِي السُّدُسِ الزَّائِدِ عَنِ النِّصْفِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مُدَّعَى النِّصْفِ فِي السُّدُسِ الزَّائِدِ عَنِ الثَّلَاثِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ فِي الثَّلَاثِ الْبَاقِي ، وَيَكُونُ الْإِقْرَاعُ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، الثَّلَاثُ لِمُدَّعَى الْكُلِّ ، وَيُقَسَّمُ السُّدُسُ الزَّائِدُ عَنِ النِّصْفِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُدَّعَى الثَّلَاثَيْنِ ، ثُمَّ يُقَسَّمُ السُّدُسُ الزَّائِدُ عَنِ الثَّلَاثِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مُدَّعَى النِّصْفِ أَثْلَاثًا ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الثَّلَاثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا ، وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِصَاحِبِ الْكُلِّ ثُلُثُهَا اثْنَا عَشَرَ ، وَنِصْفُ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَنِ^(٤١) النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ ، وَثُلُثُ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَنِ الثَّلَاثِ / سَهْمَانِ ، وَرُبُعُ الثَّلَاثِ الْبَاقِي ثَلَاثَةٌ ، فَيَحْصُلُ لَهُ عَشْرُونَ سَهْمًا ، وَهِيَ خَمْسَةُ أَتْسَاعِ الدَّارِ . وَلِمُدَّعَى الثَّلَاثَيْنِ ثَمَانِيَةُ أَتْسَاعٍ ، تُسْعَانِ وَهِيَ مِثْلُ مَا لِمُدَّعَى الْكُلِّ بَعْدَ الثَّلَاثِ الَّذِي أَفْرَدَ بِهِ ، وَلِمُدَّعَى النِّصْفِ خَمْسَةُ أَتْسَاعٍ ، تُسْعٌ وَرُبُعٌ تُسْعٌ ، وَلِمُدَّعَى الثَّلَاثِ ثَلَاثَةٌ ، نِصْفُ سُدُسٍ^(٤٢) . وَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَسَمَهَا عَلَى الْعَوَّلِ ، هِيَ مِنْ خَمْسَةِ

١١/١٣٧ ظ

(٣٩) فِي أَيْدِي .

(٤٠) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٤١) فِي ب ، م : « عَلَى » .

(٤٢) فِي ب ، م : « السُّدُسِ » .

عشر ، لصاحب الكل سبعة ، ولصاحب الثلاثين أربعة ،^(٤٣) ولصاحب النصف ثلاثة^(٤٣) ،
ولصاحب الثلث ستهمان . وعلى قول أبي ثور ، لصاحب الكل الثلث ، ويوقف الباقي^(٤٤)
حتى يتبين .

١٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا
يَمْلِكُهَا ، وَأَنَّهَا لِأَحَدِهِمَا لَا يَعْرِفُهُ عَيْنًا ، قُرِعَ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قُرِعَ صَاحِبُهُ ، حَلَفَ ،
وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ)

وجملته أن الرجلين إذا تذاخرا عينا في يد غيرهما ، ولا بينة لهما ، فأنكرهما ، فالقول قوله
مع يمينه ، بغير خلاف نعلمه^(٢) . وإن اعترف أنه لا يملكها ، وقال : لا أعرف
صاحبها . أو قال : هي لأحديكما ، لا أعرفه عينا . قُرِعَ^(٣) بينهما ، فمَنْ قُرِعَ صَاحِبُهُ ،
حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ، وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ ؛ لما روى أبو هريرة ، أن رجلين تذاخرا عينا ، لم تكن لواحد
منهما بينة ، فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين ، أحبا أم كرها . رواه أبو
داود^(٤) . ولأنهما تساويا في الدعوى ، ولا بينة لواحد منهما ولا يد ، والقرعة تميز عند
التساوي ، كما لو اعتق عبيدا لا مال له غيرهم ، في مرضي موته . وأما إن كانت لأحدهما
بينة ، حكم له^(٥) بها ، بغير خلاف نعلمه . وإن كانت لكل واحد منهما بينة ، ففيه
روايتان ، ذكرهما أبو الخطاب ؛ إحداهما ، تسقط البيئتان ، ويقترع المدعيان على
اليمين ، كما لو لم تكن بينة . وهذا الذي ذكره القاضي . وهو ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه

(٤٣-٤٣) سقط من : الأصل .

(٤٤-٤٤) سقط من : الأصل ، ا .

(١) في ا : « أقرع » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في م : « أقرع » .

(٤) في : باب الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بينة ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٩/٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة ، وباب القضاء بالقرعة ، من كتاب
الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٠/٢ ، ٧٨٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٩/٢ ، ٥٢٤ .

(٥) سقط من : ب ، م .

ذَكَرَ / الْقُرْعَةَ ، ولم يُفَرِّقْ بين أن تكونَ معهما بَيِّنَةٌ أو لم تكن . وروى هذا عن ابنِ عمرَ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ^(٦) . وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وهو روايةٌ عن مالكٍ ، وقديم قول الشَّافِعِيِّ . وذلك لما روى ابنُ المُسَيَّبِ ، أن رجُلَيْنِ اختَصَمَا إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ ، في أمرٍ ، وجاء كُلُّ واحدٍ ^(٧) منهما بشهودٍ عُدُولٍ ، على عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فأسْهَمَ النَّبِيُّ ﷺ بينهما . رواه الشَّافِعِيُّ ، في «مُسْنَدِهِ» ^(٨) . ولأنَّ البَيِّنَتَيْنِ حُجَّتَانِ تَعَارَضَتَا ، من غيرِ تَرْجِيحٍ لإحدهما على الأُخْرَى ، فَسَطَطْنَا ، كَالخَبَرَيْنِ . والروايةُ الثَّانِيَةُ ، تُسْتَعْمَلُ البَيِّنَتَانِ . وفي كَيْفِيَّةِ استعملِهما رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، تُقَسَّمُ الْعَيْنُ بينهما . وهو قولُ الحارثِ العُكْلِيِّ ، وقتادةَ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وحمَّادٍ ، وأبي حنيفةَ ، وقولُ للشَّافِعِيِّ ؛ لما روى أبو موسى ، أن رجُلَيْنِ اختَصَمَا إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ في بَعِيرٍ ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنَةَ أَنَّهُ لَهُ ؛ فَقَضَى رسولُ اللَّهِ ﷺ بهِ بينهما نِصْفَيْنِ ^(٩) . ولأنَّهُما تَسَاوَيَا في دَعْوَاهُ ، فَيَتَسَاوَيَانِ في قِسْمَتِهِ . والروايةُ الثَّانِيَةُ ، تُقَدَّمُ إحداهما بِالْقُرْعَةِ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ . وله قولٌ رابعٌ ، يُوقَفُ الأمرُ حتى يَتَبَيَّنَ . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّهُ اشْتَبَهَ الأمرُ ، فَوَجِبَ التَّوَقُّفُ ^(١٠) ، كَالْحَاكِمِ إِذَا لم يَتَضَيَّحْ لَهُ الْحُكْمُ في قَضِيَّتِهِ . ولنا ، الْخَبْرَانِ ، وَأَنَّ تَعَارُضَ الْحُجَّتَيْنِ لَا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ^(١١) ، كَالخَبَرَيْنِ ، بل إِذَا تَعَذَّرَ التَّرْجِيحُ ، أَسْقَطْنَاهُمَا ، وَرَجَعْنَا إلى دَلِيلٍ غيرِهِما . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ البَيِّنَتَيْنِ تَسْقُطَانِ . أَقْرَعَ بينهما ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ^(١٢) ، حَلَفَ ، وَأَخَذَهَا ، كَمَا لو لم تكنْ لهما بَيِّنَةٌ . وَإِن قُلْنَا : يُعْمَلُ بالبَيِّنَتَيْنِ ، وَيُقْرَعُ بينهما ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، أَخَذَهَا من غيرِ يَمِينٍ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ^(١٣) ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ تُغْنِي عن اليَمِينِ . وقال أبو الحَطَّابِ : عليه اليَمِينُ مع البَيِّنَةِ ، /

(٦) انظر : ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في البينتين إذا استوتا ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٣٩٧/٦ .

(٧) سقط من : م .

(٨) وأخرجه البهقي ، في : باب المتداعيين يتداعيان ... ، من كتاب الدعوى والبيانات . السنن الكبرى ٢٥٩/١٠ .

ولم نجد في ترتيب المسند .

(٩) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٢٨٥ .

(١٠) في ١ : « التوقيف » .

(١١) في ١ ، م : « قرعته » .

(١٢) في ١ : « للشافعي » .

تَرْجِيحًا لَهَا . وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ تَكُونُ هَذِهِ الرَّوَايَةُ كَالْأُولَى فِي هَذَا الْحُكْمِ ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ
الْفَرْقُ ^(١٣) بَيْنَهُمَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : فَإِنْ أَنْكَرَهَا مِنَ الْعَيْنِ فِي يَدِهِ ، وَكَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهَا بِهَا . وَإِنْ أَقَامَ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، فَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلُ الْبَيِّنَتَانِ . أُخِذَتِ الْعَيْنُ مِنْ يَدِهِ ، وَقُسِمَتْ
بَيْنَهُمَا ، عَلَى قَوْلٍ مِنْ بَرَى الْقِسْمَةِ ، أَوْ تُدْفَعُ إِلَى مَنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقَرْعَةُ ، عَلَى قَوْلٍ مِنْ يَرَى
ذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ ، حَلَفَ صَاحِبُ الْيَدِ ، وَأَقْرَبَتْ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ
لَهُمَا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ أَقْرَبَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَهَا ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، قَبْلَ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ أَقْرَبَهَا فِي الْإِتْدَاءِ
لأَحَدِهِمَا ، صَارَ الْمُقَرَّرُ لَهُ صَاحِبَ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مُقَرَّرٌ بِأَنَّهُ نَائِبَةٌ عَنْ يَدِهِ . وَإِنْ
أَقْرَبَهَا جَمِيعًا ، فَالْيَدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فِي الْجُزْءِ الَّذِي أَقْرَبَ لَهُ بِهِ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ تَدَاْعِيَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِهِمَا ^(١٤) لَا أُعْرِفُهُ عَيْنًا . أَوْ
قَالَ : لَا أُعْرِفُ صَاحِبَهَا ، أَوْ أَحَدًا كَمَا أَوْ غَيْرُكَ . أَوْ قَالَ : أَوْدَعْنِيهَا أَحَدُكُمَا . أَوْ :
رَجُلٌ ^(١٥) لَا أُعْرِفُهُ عَيْنًا . فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّي صَاحِبُهَا ، أَوْ أَنَّي الَّذِي
أَوْدَعْتُكَهَا ، وَطَلَبَ ^(١٦) يَمِينَهُ ، لَزِمَهُ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَبَ ، لَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ،
وَمِنْ لَزِمَهُ الْحَقُّ مَعَ الْإِقْرَارِ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ ، وَيَحْلِفُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنْ ^(١٧) نَفْيِ
الْعِلْمِ . وَإِنْ صَدَّقَاهُ ، فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، حَلَفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقْرَبَهَا
لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَوْ غَيْرِهِمَا ، صَارَ الْمُقَرَّرُ لَهُ صَاحِبَ الْيَدِ . فَإِنْ قَالَ غَيْرُ الْمُقَرَّرِ لَهُ : اخْلِفْ لِي
أَنَّ الْعَيْنَ لَيْسَتْ بِمِلْكِي ، أَوْ أَنَّي لَسْتُ الَّذِي أَوْدَعْتُكَهَا . لَزِمَتْهُ ^(١٨) الْيَمِينُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنْ
ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا . وَإِنْ تَكَلَّلَ عَنِ الْيَمِينِ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهَا . وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا لَهَا ،

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « الْحُكْم » .

(١٤) فِي أ ، ب ، م : « لِأَحَدِكُمَا » .

(١٥) فِي أ : « وَرَجُل » .

(١٦) فِي م : « أَوْ طَلَبْتَ » .

(١٧) فِي ب : « فِي » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « لَزِمَهُ » .

كان الحُكْمُ فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءً ، وعليه اليمينُ لكل واحدٍ / منهما في النِّصْفِ المحكوم به لصاحبه ، وعلى كُلِّ واحدٍ منهما اليمينُ لصاحبه^(١٩) في النِّصْفِ المحكوم له به .

فصل : وإذا كان في يد رجلٍ دائرٌ ، فادَّعاهَا نَفْسَانِ ، قال أحدهما : أجزئتها . وقال الآخرُ : هي ذاري أُعزَّتْ كلها . أو قال : هي ذاري ورثتها من أبي . أو قال : هي ذاري . ولم يذكر شيئاً آخرَ ، فانكرهما صاحبُ اليد ، وقال : هي ذاري . فالقولُ قوله مع يمينه . وإن كان لأحدهما بيئَةٌ ، حُكِمَ له بها . وإن أقام كُلُّ واحدٍ منهما بما ادَّعاه بيئَةٌ ، تعارضتا^(٢٠) ، وكان الحُكْمُ على ما ذكرنا فيما مضى ، إلَّا على الرواية التي تُقدِّم فيها البيئَةُ الشَّاهِدَةَ بالسَّبَبِ ، فإنَّ بيئَةَ مَنْ ادَّعى أَنَّهُ ورثها مُقَدِّمَةٌ ؛ لشهادتها بالسَّبَبِ . وإن أقام أحدهما بيئَةً أَنَّهُ^(٢١) غَصَبَ إياها^(٢٢) منه ، وأقام الآخرُ بيئَةً أَنَّهُ أَقرَّ له بها ، فهي للمغصوبِ منه ، ولا تعارضَ بينهما ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما مُمَكِّنٌ ، بأن يكونَ غَصَبُها من هذا ، وأقرَّ بها لغيره ، وإقرارُ الغاصِبِ باطلٌ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . فتُدْفَعُ إلى المَغصُوبِ منه ، ولا يَغْرَمُ للمُقرِّ له شيئاً ؛ لأنَّه ما حالَ بينه وبينها ، وإنَّما حالَتِ البيئَةُ بينهما . ولو أقرَّ بها لأحدهما ، وأقرَّ^(٢٣) أَنَّهُ غَصَبَها من غيره ، لَزِمَ تَسْلِيمُها إلى مَنْ أَقرَّ له بها أولاً ، ولَزِمَ^(٢٤) غَرَامُها للآخرِ ؛ لأنَّه حالَ بينه وبينها بإقراره الأول .

فصل : نقل ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، في رجلٍ أخذَ من رجلينِ ثوبينِ ، أحدهما بعشرةٍ والآخرُ بعشرينِ ، ثم لم يَدْرِ أَيُّهما ثوبُ هذا من ثوبِ هذا ، فادَّعى أحدهما ثوباً من هذينِ الثوبينِ ، يعنى وادَّعاه الآخرُ ، يُقرَّعُ بينهما ، فأَيُّهما أَصابته القرعةُ حَلَفَ وكان الثوبُ الجَيِّدُ له ، والآخرُ للآخرِ . وإنَّما قال ذلك ؛ لأنَّهما تَنَارَعَا عَيْنًا في يدِ غيرهما .

(١٩) سقط من : ١ .

(٢٠) في م : « تعارضاً » .

(٢١-٢٢) في م : « غصبها » .

(٢٢) في م : « أو أقر » .

(٢٣) في أ : « ولزِمته » .

(٢٤) في أ : « للأول » .

فصل : إِذَا تَدَاعَا عَيْنَا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : هَذِهِ الْعَيْنُ لِي ، اشْتَرَيْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بِمِائَةٍ ، وَتَقَدَّضْتُه / إِيَّاهَا . وَلَا بَيِّنَةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَنْكَرَ هُمَا زَيْدٌ ، حَلَفَ ، وَكَانَتْ الْعَيْنُ لَهُ . ١٣٩/١١ ظ

وإن أقرَّ بها لأحدهما ، سَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقَرَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصْفِهَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهِمَا ، وَحَلَفَ لِكُلِّ^(٢٥) وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِهَا . وَإِنْ قَالَ : لَا أَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ مِنْكُمَا . أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ وَأَخَذَهَا . وَإِنْ حَلَفَ الْبَائِعُ أَنَّهَا لَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ^(٢٦) إِلَيْهِ ، ثُمَّ إِنْ أَقَرَّ بِهَا لِلْآخَرِ ، لَزِمَهُ^(٢٧) غَرَامَتُهَا لَهُ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا ادَّعَاهُ بَيِّنَةٌ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مُؤَرِّخَتَيْنِ بَتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي الْمَحْرَمِ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي صَفَرٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ بِدَعْوَاهُ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ بَاعَهَا لِلأَوَّلِ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهَا ، فَيَكُونُ بَيْعُهُ فِي صَفَرٍ بَاطِلًا ، لَكُونِهِ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَيَطْلُبُ بَرْدُ الثَّمَنِ . وَإِنْ كَانَتَا مُؤَرِّخَتَيْنِ بَتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ ، تَعَارَضَتَا ؛ لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ ، فَيَنْظَرُ فِي الْعَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، اثْبَنَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ ، فَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، جَعَلَهَا الْمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، وَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، جَعَلَهَا لِلْخَارِجِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَقُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ . رُجِعَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ هُمَا ، حَلَفَ لهُمَا ، وَكَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ ، وَإِنْ أَقَرَّ لهُمَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لهُمَا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ . لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى إِنْكَارِهِ وَلَا اعْتِرَافِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ زَوَالُ مِلْكِهِ ، وَأَنَّ يَدَهُ لَا حُكْمَ لَهَا ، فَلَا حُكْمَ لِقَوْلِهِ ، فَمَنْ قَالَ : يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا .^(٢٨) أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا^(٢٩) ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا

(٢٥) فِي ب ، م : « الْكُلِّ » .

(٢٦) فِي ب : « سَلَّمَهَا » .

(٢٧) فِي ب ، م : « لَزِمَتْهُ » .

(٢٨-٢٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

١٤٠/١١ و سَوَى هذا . ومن قال : تُقَسَّمُ بينهما . قُسِمَتْ . وهذا ذكره / أبو الخطاب . وقد نصَّ عليه أحمد ، في رواية الكوسج ، في رجل أقام البيئة أنه اشترى سلعة بمائة ، وأقام الآخر بيئة أنه اشتراها بمائتين ، فكل واحد منهما يستحق نصف^(٢٩) السلعة ينصف الثمن ، فيكونان شريكين . وحمل القاضي هذه الرواية ، على أن العين في أيديهما ، أو على أن البائع أقرهما جميعاً . وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب . فعلى هذا ، إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقضيه ، فكل واحد منهما الخيار ؛ لأن الصفقة تبعضت عليه . فإن اختاراً الإنسك ، رجع كل واحد منهما ينصف الثمن ، وإن اختاراً الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن ، وإن اختار أحدهما الفسخ ، توفرت السلعة كلها على الآخر ، إلا أن يكون الحاكم قد حكم له ينصف السلعة ونصف الثمن ، فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع .

فصل : فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة ، وهي ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو ، وهي ملكه ، وأقام كل واحد منهما^(٣٠) بدعواه بيئة ، فهذه تشبه التي قبلها في المعنى ، فإن كانت في يد أحد المشتريين ، انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بيئة الداخل والخارج . وإن كانت في يديهما^(٣١) ، قُسِمَتْ بينهما ؛ لأن بيئة كل واحد منهما داخل في أحد النصفين ، خارجة في النصف الآخر . وإن كانت في يد أحد البائعين ، فأكثرهما ، وادعاهما لنفسه . فإن قلنا : تسقط البيتان . حلف ، وكانت له . وإن أقربها لأحدهما ، صار الداخل ، إلا أن يُقر له بعد أن يخلف أنهاله . وإن قلنا : يُقدَّم أحدهما^(٣٢) بالقرعة . فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه . وإن قلنا : تُقسَّمُ بينهما . قُسِمَتْ ، ورجع كل واحد منهما ينصف / ثمنها . وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد ، أو كان المشتري مقرراً بقضيه ، فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع

(٢٩) في م : « النصف من » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في م : « أيديهما » .

(٣٢) في م : « إحداهما » .

بشيء من الثمن ؛ لا عتراه بسقوط الضمان عن البائع ، وإن كان من المكيل والموزون ، ولم يقبض ، فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والإمضاء ، فإن اختار أحدهما الفسخ ، لم يتوفر المبيع على الآخر ؛ لأن البائع اثنان ، بخلاف التي قبلها .

فصل : ولو كان في يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان ، كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه ، وأقام بذلك بينة ، فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه ، على ما مضى من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما ، أو كانتا مطلقتين ، أو أحدهما ، تعارضتا ، وإن تقدم^(٣٣) تاريخ أحدهما ، فهل ترجح بذلك ؟ على وجهين . فأما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبه^(٣٤) من كل واحد منهما ، لزمه دفعه^(٣٥) إلى الذي أقر له به^(٣٦) أولاً ، ويعرّم قيمته^(٣٧) للآخر .

فصل : فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني^(٣٨) بألف ، وأقام بذلك بينة ، واتفق تاريخهما ، مثل أن يقول^(٣٩) كل واحد منهما^(٤٠) : اشتراها مني مع الزوال ، يوم كذا . ليوم واحد ، فهما متعارضتان . فإن قلنا : تسقطان . رجع إلى قول^(٤١) المدعى عليه ، فإن أنكرهما ، حلف لهما ، وبرئ . وإن أقر لأحدهما ، فعليه له الثمن ، ويحلف للآخر . وإن أقر لهما معاً^(٤٢) ، فعليه لكل واحد منهما الثمن^(٤٣) ؛ لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ، ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قال : اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف . فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن ، وله أن يحلفه على الباقي . وإن قلنا : يقرع

(٣٣) في م : « قدم » .

(٣٤) في م : « بغصبها » .

(٣٥) في م : « دفعها » .

(٣٦) في م : « بها » .

(٣٧) في م : « قيمتها » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩-٣٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٠) سقط من : أ .

(٤١) في ب : « البين » .

بينهما^(٤٢) . فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَجَبَ لَهُ التَّمَنُّ ، وَيَحْلِفُ لِلآخِرِ ، وَيَبْرَأُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقَسِّمُ^(٤٣) . قُسِمَ التَّمَنُّ بينهما ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَ التَّارِيحَانِ مُحْتَلِفَيْنِ ، أَوْ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً ، وَالْأُخْرَى مُوَرَّخَةً ، ثَبَتَ الْعَقْدَانِ ، وَلَزِمَهُ التَّمَنُّانِ / ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْ أَحَدِهِمَا ثُمَّ يَمْلِكُهَا الْآخَرُ ، فَيَشْتَرِيَهَا مِنْهُ ، وَإِذَا أُمِكَنَ صِدْقُ الْبَيْتَيْنِ وَالْجَمْعُ بينهما ، وَجَبَ تَصَدِيقُهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ قُلْتُمْ إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَاحِدًا وَالْمُشْتَرَى اثْنَيْنِ^(٤٤) ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ^(٤٥) فِي الْمَحْرَمِ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ^(٤٦) فِي صَفَرٍ ، يَكُونُ الشَّرَاءُ^(٤٧) الثَّانِي بَاطِلًا ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلأَوَّلِ ، لَمْ يُبْطَلْهُ بِأَنْ يَبِيعَهُ الثَّانِي ثَانِيًا ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا ثُبُوتُ شِرَائِهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُبْطِلُ مِلْكَهُ ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَانِيًا مِلْكَ نَفْسِهِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الْبَائِعُ مَا لَيْسَ لَهُ^(٤٨) ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا كَانَتِ الْبَيْتَانِ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ تَارِيخُهُمَا وَاحِدًا ، فَيَتَعَارَضَانِ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، فَلَا تُشْغَلُ^(٤٩) بِالشَّكِّ . قُلْنَا : إِنَّهُ^(٥٠) مَتَى أُمِكَنَ صِدْقُ الْبَيْتَيْنِ ، وَجَبَ تَصَدِيقُهُمَا ، وَلَمْ يَكُنْ ثُمَّ شَكٌّ ، وَإِنَّمَا يَبْقَى الْوَهْمُ ، وَالْوَهْمُ لَا يُبْطِلُ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِهِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ^(٥١) حَقٌّ أَصْلًا ، لِأَنَّهُ مَا مِنْ بَيِّنَةٍ إِلَّا وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ كَاذِبَةً ، أَوْ غَيْرَ عَادِلَةٍ ، أَوْ مُتَّهَمَةً ، أَوْ مُعَارَضَةً ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى هَذَا الْوَهْمِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : إِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، فَشَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّ هَذَا الْعَلَامَ ابْنُ هَذَا الْمَيْتِ ، لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا

(٤٢) في الزيادة : « يقرع » .

(٤٣) في الزيادة : « بينهما » .

(٤٤) في النسخ : « اثنان » .

(٤٥) في ب ، م : « اشتراها » .

(٤٦) في م : « اشتراها » .

(٤٧) في ب : « شراء » .

(٤٨) سقط من : أ .

(٤٩) في أ ، ب ، م : « تشغل » .

(٥٠) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٥١) في م : « بها » .

سِوَاهُ ، وشَهِدَ آخِرَانِ لآخَرَ أَنَّ هَذَا الْعَلَامَ ابْنُ هَذَا الْمَيْتِ ، لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا سِوَاهُ ، فَلَا تَعَارَضَ بَيْنَهُمَا ، وَثَبَتَ ^(٥٢) نَسَبُ الْعَلَامَيْنِ مِنْهُ ، وَيَكُونُ الْإِرْثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَعْلَمَ كُلُّ بَيِّنَةٍ مَا لَمْ تَعْلَمْهُ الْأُخْرَى .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَبْدًا فِي يَدِ آخَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ، وَادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، فَأُنْكَرَ هُمَا ، حَلَفَ لهُمَا ، وَالْعَبْدُ لَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، ثَبَتَ مَا أَقَرَّ لَهُ ^(٥٣) بِهِ ^(٥٤) ، وَيَحْلِفُ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، ثَبَتَ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بَدْعَوَاهُ ، وَكَانَتَا مُوَرَّخَتَيْنِ بَتَارِيخَيْنِ مُحْتَلِفَيْنِ ، قَدَّمْنَا الْأُولَى ^(٥٥) ، وَبَطَلَتِ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّهُ إِنْ سَبَقَ الْعِتْقُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْحُرِّ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ سَبَقَ الْبَيْعُ ، لَمْ يَصِحَّ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا غَيْرَهُ . فَإِنْ قِيلَ : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ فَأَعْتَقَهُ . قُلْنَا : قَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، فَلَا يُبْطِلُهُ عِتْقُ الْبَائِعِ . وَإِنْ كَانَتَا مُوَرَّخَتَيْنِ بَتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ ، تَعَارَضَتَا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْأُخْرَى . فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، إِنْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أَوْ الْخَارِجِ ^(٥٦) ، فَإِنْ قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِنْ قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، قَدَّمَ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَقُلْنَا : إِنْ الْبَيِّنَتَيْنِ تَسْقُطَانِ بِالتَّعَارُضِ ، صَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، ^(٥٧) وَرَجِعَ إِلَى السَّيِّدِ ^(٥٧) ، فَإِنْ أَنْكَرَ هُمَا ، حَلَفَ لهُمَا ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالْعِتْقِ ، ثَبَتَ ، وَلَمْ يَحْلِفِ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ مَا أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، فَلَا فَائِدَةٌ فِي إِحْلَافِهِ ، وَيَحْلِفُ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي . وَإِنْ أَقَرَّ لِلْمُشْتَرِي ثَبَتَ الْمِلْكُ لَهُ ^(٥٨) ، وَلَمْ يَحْلِفِ لِلْعَبْدِ ^(٥٩) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ لَهُ أَنَّهُ

(٥٢) فِي ١ ، ب : « وَثَبَتَ » .

(٥٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥٥) فِي م : « الْأَوَّلُ » .

(٥٦) فِي م : « وَالْخَارِجُ » .

(٥٧-٥٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

(٥٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٩) فِي م : « الْعَبْدُ » .

كان أَعْتَقَهُ ، لم يَلْزَمْهُ غُرْمٌ ، فلا فائدة في إخلافه . وإن قلنا^(٦٠) : تَرْجُحُ^(٦١) إحدَى البَيْتَيْنِ بالْقُرْعَةِ قَرَعْنَا^(٦٢) بينهما ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ ، قَدَّمَائِهِ . قال أبو بكر : هذا قياسُ قولِ أبي عبد الله . فعلى هذا ، يَحْلِفُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وإن قلنا : يُقَسِّمُ . قَسَمْنَا الْعَبْدَ ، فجعلنا نَصْفَهُ مَبِيعًا وَنَصْفَهُ حُرًّا ، وَيَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى جَمِيعِهِ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ مُحْتَارًا ، وقد ثَبَتَ الْعِتْقُ فِي نَصْفِهِ بِشَهَادَتِهِمَا .

فصل : إذا ادَّعى رَجُلٌ زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فَأَقَرَّتْ بِذَلِكَ ، قَبْلَ إِقْرَارِهَا ، لَأَنَّهَا أَقَرَّتْ عَلَى نَفْسِهَا وَهِيَ غَيْرُ مُتَّهَمَةٍ ، فَإِنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ ، لَمْ تُنْمَنَعْ مِنْهُ . وَإِنْ ادَّعَاهَا اثْنَانِ ، فَأَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ^(٦٣) يُقْبَلْ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يَدَّعِي مِلْكَ نَصْفِهَا ، وَهِيَ مُعْتَرِفَةٌ أَنَّ ذَلِكَ قَدْ مَلَكَ عَلَيْهَا ، فَصَارَ إِقْرَارُهَا بِحَقِّ غَيْرِهَا ؛ وَلَأَنَّهَا مُتَّهَمَةٌ ، فَإِنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ تَزْوِيجِ أَحَدٍ / الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ قَبْلَ الْإِنْفِصَالِ مِنْ دَعْوَى الْآخَرِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ ، فَأَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، قَبِلَ . قُلْنَا : لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِإِقْرَارِهِ فِي الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا يَجْعَلُهُ كصَاحِبِ الْيَدِ ، فَيَحْلِفُ ، وَالنِّكَاحُ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْيَمِينِ ، فَلَمْ يَنْفَعِ الْإِقْرَارُ بِهِ هُنَا ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ^(٦٤) بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٦٥) بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَحِيلَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَهَا^(٦٦) ، وَلَا يَرْجُحُ أَحَدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ بِإِقْرَارِ الْمَرْأَةِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَا بَكُونِهَا فِي بَيْتِهِ وَبَيْدِهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَثْبُتُ عَلَى حُرَّةٍ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْقِسْمَةِ هُنَا ، وَلَا إِلَى الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُ مَعَ الْقُرْعَةِ مِنْ^(٦٧) الْيَمِينِ ، وَلَا مَدْخَلَ لَهَا^(٦٨) فِي النِّكَاحِ^(٦٨) .

(٦٠) في م زيادة : « وإن قلنا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعتباره لأن ملكه قد زال فإن » .

(٦١) في الأصل : « ترجيح » .

(٦٢) في م : « أقرعنا » .

(٦٣) في ب : « لا » .

(٦٤) في ب ، م : « المتداعين » .

(٦٥) سقط من : ب .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧) في أ : « في » .

(٦٨) (٦٨-٦٨) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

فصل: إذا قال السيد لعبيده: إن قُتِلْتُ فَأُتِ حُرٌّ . ثم مات ، فادَّعى العبد أنه قُتِلَ ، وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ؛ لأن الأصل عدم القتل ، فإن أقام بينة بدعواه ، عتق ، وإن أقام الورثة بينة بموته ، قُدِّمَتْ بينة العبد ، في أحد الوجهين ؛ لأنها تشهد بزيادة ، وهى القتل . والثانى ، تتعارضان ؛ لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى ، فيبقى على الرق . وإن قال : إن مِتُّ في رمضان ، فعبدى سالم حُرٌّ ، وإن مِتُّ في شوال فعبدى غانم حُرٌّ . ثم مات ، فادَّعى كل واحد منهما موته ^(٦٩) في الشهر الذى يعتق بموته ^(٧٠) فيه ، وأنكرهما الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم . وإن أقرّوا لأحدهما ، عتق بإقرارهم . وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، تُقدِّم بينة سالم ؛ لأن معها زيادة علم ، فإنها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى ، وهو موته في رمضان . والثانى ، يتعارضان ، ويبقى العبدان على الرق ؛ لأنهما سقطا ، فصارا ، كمن لا بينة لهما . والثالث ، يُقرع بينهما ، فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال : إن برئت من مرضى هذا ^(٧١) ، فسالم حُرٌّ ، وإن مِتُّ منه ، فغانم حُرٌّ . فمات ، / وادَّعى ١١/٢٤١ ط كل واحد منهما بموجب عتقه ، أقرع بينهما ، فمن خرج له القرعة ، عتق ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون برا أو لم يبرأ ، فيعتق أحدهما على كل حال ، ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة ، كما لو أعتق أحدهما ، فأشكَلَ علينا . ويَحْتَمِلُ أن يُقدِّم قول غانم ؛ لأن الأصل عدم البرء . وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ، فقال أصحابنا : يتعارضان ، ويبقى العبدان على الرق . وهذا مذهب الشافعى ؛ لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى ، وثبتت زيادة تنفيها الأخرى . ولا يصح هذا القول ؛ لأن التعارض أثره في إسقاط البينتين ، ولو لم يكونا أصلاً لعتق أحدهما ، فكذلك إذا سقطتا ، وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما ، فيلزم وجوده ، كما لو قال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فسالم حُرٌّ ، وإن لم يكن غراباً فغانم حُرٌّ . ولم يُعلم حاله ، ولكن يَحْتَمِلُ وجهين ؛ أحدهما ، أن يُقرع بينهما ، كما في مسألة الطائر ؛ لأن ^(٧١) البينتين إذا تعارضتا

(٦٩-٦٩) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٧٠) سقط من : ١ .

(٧١) فى ١ ، ب : « ولأن » .

قَدِّمَتْ إِحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ . وَالثَّانِي ، تُقَدِّمُ بَيْتَهُ سَالِمٌ ؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِزِيَادَةِ ، وَهِيَ الْبُرْءُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْوَرْتَةَ لِأَحَدِهِمْ ، عَتَقَ بِأَقْرَارِهِمْ ، وَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْآخَرِ مِمَّا ذَكَّرْنَا ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَا اثْنَانِ عَدْلَانِ مِنْهُمْ بِذَلِكَ ، مَعَ انْتِفَاءِ التُّهْمَةِ ، فَيَعْتَقُ وَحْدَهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ لِلْآخَرِ بَيْتَةٌ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى سَالِمٌ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَادَّعَى عَبْدُهُ الْآخَرُ غَانِمٌ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلُثُ^(٧٢) مَالِهِ ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدْعُوَاهُ بَيْتَةً ، فَلَا تَعَارُضُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَتْ بِهِ كُلُّ بَيْتَةٍ لَا يَنْفِي مَا شَهِدَتْ بِهِ الْآخَرَى ، وَلَا تُكَذِّبُ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى ، فَيُثْبِتُ إِعْتَاْقَهُ لَهَا ، ثُمَّ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيْتَانِ مُورَخَتَيْنِ بَتَارِيحَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ / ، عَتَقَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا . وَرَقَّ الثَّانِي ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ^(٧٣) الْوَرْتَةَ ؛ لِأَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا تَبَرَّعَ بِتَبَرُّعَاتٍ ، يَعْجِزُ ثُلُثُهُ عَنْ جَمِيعِهَا ، قَدَّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ^(٧٤) ، وَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَوْ أَطْلَقْنَا ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، فَهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى ، فَيَسْتَوِيَانِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ^(٧٥) الْوَرْتَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو ؛ مِنْ^(٧٦) أَنْ يَكُونَ أَعْتَقَهُمَا مَعًا ، فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْعَبِيدِ السَّيِّئَةِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ سَيِّدُهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ^(٧٧) ، أَوْ يَكُونَ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، وَأَشْكَلَ عَلَيْنَا ، فَيُخْرَجُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الطَّائِرِ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ . وَهُوَ قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى التَّعْدِيلِ بَيْنَهُمَا فِي الْقُرْعَةِ ، قَدْ يَرِقُ السَّابِقُ الْمُسْتَحِقُّ لِلْعَتَقِ ، وَيَعْتَقُ الثَّانِي الْمُسْتَحِقُّ لِلرَّقِّ ، وَفِي الْقِسْمَةِ لَا يَخْلُو الْمُسْتَحِقُّ لِلْعَتَقِ مِنْ حُرِّيَّةٍ ، وَلَا الْمُسْتَحِقُّ لِلرَّقِّ مِنْ رِقٍّ ، وَلِذَلِكَ قَسَمْنَا الْمُخْتَلَفَ فِيهِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ ، إِذَا تَعَارَضَتْ بِهِ بَيْتَانِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ شُبْهَةٍ بِإِخْدَى الصُّورَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَّرْنَاهُمَا . وَالْقُرْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ فِي الْقُرْعَةِ اخْتِمَالُ إِزْقَاقِ^(٧٨) الْحُرِّ . قُلْنَا : وَفِي الْقِسْمَةِ إِزْقَاقُ نِصْفِ الْحُرِّ يَقِينًا ، وَتَحْرِيرُ نِصْفِ الرَّقِيقِ يَقِينًا ، وَهُوَ أَعْظَمُ ضَرَرًا . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا الثُّلُثُ ، وَقِيمَةُ الْآخَرِ دُونَ

و ١٤٣/١١

(٧٢) سقط من : ١ .

(٧٣) في الأصل : « بخير » .

(٧٤) في الأصل : « إما » .

(٧٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٥/٨ .

(٧٦) في م زيادة : « نصف » .

الثُلُثِ ، فكان الأولُ أو الذي خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كان هو النَّاقِصَ عن الثُّلُثِ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ثَمَامُ الثُّلُثِ . وإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ ، ولا بَيِّنَةٌ لِلْآخَرِ ، أو بَيِّنَتُهُ فَاسِقَةٌ ، عَتَقَ صَاحِبُ الْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةُ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كان لَكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، إِلَّا أَنَّ إِحْدَاهُمَا تَشْهَدُ أَنَّهُ أَعْتَقَ سَالِمًا فِي مَرَضِهِ ، وَالْأُخْرَى تَشْهَدُ بِأَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ / غَانِمٍ ، وَكَانَ سَالِمٌ ثُلُثُ الْمَالِ ، عَتَقَ وَحْدَهُ وَوَقَفَ عَتَقُ غَانِمٍ عَلَى إِجَارَةِ ١٤٣/١١ ط
الْوَرْتَةِ ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ يُقَدِّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ . وإن كان سَالِمٌ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْ غَانِمٍ ثَمَامُ الثُّلُثِ . وإن شَهِدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ سَالِمٍ ، وَشَهِدَتِ الْأُخْرَى أَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ غَانِمٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، سَوَاءً اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا أَوْ اخْتَلَفَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يَسْتَوِي فِيهَا الْمُتَقَدِّمُ وَالْمُتَأَخِّرُ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ أُمَيٍّ مَوْسَى : يَعْتَقُ ^(٧٧) نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ ^(٧٧) مِنْهُمَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا وَالْآخَرُ حُرًّا ، وَلَا كَذَلِكَ هَهُنَا ، فَيَجِبُ أَنْ تُقْسَمَ الْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمَا ، وَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ بِمَالٍ . وَالْأَوَّلُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْإِغْتِقَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَالِإِغْتِقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ثَبَتَ فِي الْإِغْتِقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ أَنَّهُ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا بِحَدِيثِ ^(٧٨) عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلِأَنَّ الْمَعْنَى الْمُفْتَضِّلَ لِتَكْمِيلِ الْعَتَقِ فِي أَحَدِهِمَا فِي الْحَيَاةِ مُوجُودٌ بَعْدَ الْمَمَاتِ ، فَيُثْبِتُ . فَأَمَّا إِنْ صَرَّحَ ، فَقَالَ : إِذَا مِتُّ ، فَنِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ سَالِمٍ وَغَانِمٍ حُرٌّ . أَوْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِيهِ ، أَوْ دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةٌ ، ثَبَتَ مَا اقْتَضَاهُ .

فصل : وإن خَلَفَ الْمَرِيضُ اثْنَيْنِ ، لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُمَا ، فَشَهِدَا ^(٧٩) أَنَّهُ أَعْتَقَ سَالِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَشَهِدَا أُجْنَبِيَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ ، وَلَمْ يَطْعَنِ الْإِبْنَانِ فِي شَهَادَتِهِمَا ، وَكَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ عَادِلَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا

(٧٧-٧٧) فِي ب : « مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ » .

(٧٨) فِي ب ، م : « لِحَدِيثٍ » .

(٧٩) فِي ب ، م : « فَشَهِدَا » .

كانتا^(٨٠) أجنبيّتين^(٨١) سواء ؛ لأنه قد ثبت أن الميّت أعتق العبدَيْن . فإن طعن الابنان^(٨٢) في شهادة الأجنبيّين^(٨٣) ، وقالوا : ما أعتق غانمًا^(٨٤) ، إنما أعتق ساليماً . لم يقبل قولهما في ردّ شهادة الأجنبيّة ؛ لأنها بيّنة عادلة مُثبتة ، والأخرى نافية ، وقول المُثبت يقدّم على قول النافي ، ويكون حكمُ ما شهدت به حكمه^(٨٥) إذا لم يطعن / الورثة في شهادتهما ، في أنّه يعتق إن تقدّم تاريخ عتقه ، أو خرجت له القرعة ، ويرقّ إذا تأخّر تاريخه ، أو خرجت القرعة لغيره . وأمّا الذي شهد به الابنان ، فيعتق كلّهُ ؛ لإقرارهما بإعتاقه وحده ، واستحقاقه للحرية^(٨٦) . وهذا قول القاضي . وقيل : يعتق ثلثا إن حكم بعثت ساليماً ، وهو ثلث الباقي ؛ لأنّ العبد الذي شهد به الأجنبيّان كالمعصوب من^(٨٧) التركة ، والذاهب^(٨٨) من التركة بموت أو تلف^(٨٩) ، فيعتق ثلث الباقي . وهو ثلثا غانم . والأوّل أصح ؛ لأنّ المُعتبر خروجه من الثلث حال الموت ، وحال الموت في قول الابنَيْن لم يعتق ساليماً ، إنما عتق بالشهادة بعد الموت ، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيّده ، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته . فإن كان الابنان فاسقين ولم يردّا شهادة الأجنبيّة ، ثبت العتق لساليماً ، ولم يَراحمه من شهد له الابنان ، لفسقيهما ؛^(٩٠) لأنّ شهادة الفاسق كعدمها^(٩١) ، فلا يقبل قولهما في إسقاط حقّ ثبت بيّنة عادلة ، وقد أقرّ الابنان بعثت غانم ، فينظر ؛ فإن تقدّم تاريخ عتقه ، أو أقرّ عَينهما فخرجت القرعة له ، عتق كلّهُ ،

(٨٠) في الأصل ، م : « كانا » . وفي ب : « كانت » .

(٨١) في ا ، ب ، م : « أجنبيّين » .

(٨٢) في ا ، ب ، م : « الاثنان » .

(٨٣) في الأصل : « الأجنبيّتين » .

(٨٤) في م زيادة : « في مرض موته وكل واحد ثلث ماله » . وهو تكرار لما سبق قبل سطرين .

(٨٥) في م : « حكم ما » .

(٨٦) في الأصل : « الحرية » .

(٨٧) في ب : « في » .

(٨٨) في ب ، م : « وكالذهب » .

(٨٩) في الأصل : « أو يتلف » .

(٩٠-٩١) سقط من : ا ، ب ، م .

كما قلنا في التي قبلها . وإن تأخر تاريخ عتقه ، أو خرجت القرعة لغيره ، لم يعتق منه شيء ؛ لأنَّ الابتنين لو كانا عدلين ، لم يعتق منه شيء ، فإذا كانا فاسقين أولى . وقال القاضي ، وبعض أصحاب الشافعي : يعتق نصفه في الأحوال كلها ؛ لأنه استحق العتق بإقرار الورثة ، مع ثبوت العتق للآخر^(٩١) بالبينّة العادلة ، فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين ، فاعتق منه نصفه . وهذا لا يصح ؛ فإنه لو أعتق العبدين ، لأعتقنا أحدهما بالقرعة ، ولأنّه^(٩٢) في حال تقدّم تاريخ عتق من شهدت له الهيئة ، لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة ، فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة^(٩٣) الأجنبية ، فقالت : ما أعتق سالما^(٩٤) ، إنما أعتق غانما^(٩٥) ، عتق العبدان . وقيل : يعتق من سالم ثلثاه . والأول أولى .

فصل : / فإن شهد عدلان أجنبيان ، أنه وصّى بعتق سالم ، وشهد عدلان وارثان ، أنه رجّع عن الوصية بعتق سالم ، ووصّى بعتق غانم ، وقيمتها سواء ، أو كانت قيمة غانم أكثر ، قبلت شهادتهما ، وبطلت وصية سالم ؛ لأنهما لا يجزان إلى أنفسهما نفعا ولا^(٩٥) يذفعان عنها ضررا . فإن قيل : فهما يثبتان لأنفسهما ولأهلهما . قلنا : وهما يُسقطان ولأهلهما ، وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث ، وهذا لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل ما لو شهدا بعتق غانم من غير معارض ، ثبت عتقه ، ولهما ولأهلهما ، ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما ، قبلت شهادتهما ، مع ثبوت سبب^(٩٦) الإرث لهما ، وتقبل شهادة المرأة^(٩٧) لأخيه بالمال ، وإن جاز أن يرثه ، فإن كان الوارثان فاسقين ، لم تقبل شهادتهما في الرجوع ، ويلزمهما إقرارهما لغانم ، فاعتق سالم بالبينّة العادلة ، ويعتق غانم بإقرار

(٩١) في الأصل ، ب : « الآخر » .

(٩٢) في ١ ، م : « لأنه » .

(٩٣) في م : « الورثة » . وقوله : الورثة . أى البينة الورثة .

(٩٤) بينهما تقديم وتأخير في م .

(٩٥) سقطت : « لا » من م .

(٩٦) في الأصل ، ب : « نسب » .

(٩٧) في م : « المرأة » .

الوارثة^(٩٨) بالوصية باعتاقه وحده . وذكر القاضي ، وأصحاب الشافعي ، أنه إنما يعتق ثلثاه ؛ لأنه لما عتق^(٩٩) سالم بشهادة الأجنبيين ، صار كالمعصوب ، فصار غانم نصف التركة ، فيعتق ثلثاه ، وهو ثلث التركة . ولنا ، أن الوارثة^(١٠٠) تُقَرُّ بأنه حين الموت ثلث التركة ، وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت ، فصار كالمعصوب بعد الموت ، ولو غصب بعد الموت ، لم يمنع عتق غانم كله ، فكذلك الشهادة بعنتقه . وقد ذكر القاضي ، فيما إذا شهدت بيّنة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ، ووارثة فاسقة بإعتاق غانم في مرضه ، وأنه لم يعتق سالمًا ، أن غانمًا يعتق كله . وهذا مثله . فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم ، فالوارثة متهمّة ؛ لكونها تُردُّ إلى الرّق من كثرت قيمته ، فتردُّ شهادتها^(١٠١) بالرجوع^(١٠٢) ، كما تُردُّ شهادتها^(١٠٣) بالرجوع عن الوصية ، ويعتق سالم ، ويعتق^(١٠٤) غانم كله ، أو ثلثا^(١٠٥) الباقي ، على ما ذكرنا من / الاختلاف^(١٠٦) فيما إذا كانت فاسقة . فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم ، لكن شهدت بالوصية بعنتق غانم ، وهي بيّنة عادلة ، ثبتت الوصيتان ، سواء كانت قيمتهما سواء ، أو مختلفّة ، فيعتقان^(١٠٧) إن خرجا من الثلث ، وإن لم يخرجوا من الثلث ، أقرع بينهما ، فيعتق من خرجت له القرعة ، ويعتق تمام الثلث من الآخر ، سواء تقدّمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتَا ؛ لأنّ المتقدّم والمتأخّر من الوصايا سواء .

فصل : ولو شهدت بيّنة عادلة ، أنه وصّى لزيد بثلث ماله ، وشهدت بيّنة أخرى أنه رجّع عن الوصية لزيد ، وصّى لعمر بثلث ماله ، وشهدت بيّنة ثالثة ، أنه رجّع عن

(٩٨) في م : « الورثة » .

(٩٩) في م : « أعتق » .

(١٠٠) في م : « الوارثة » .

(١٠١) في الأصل : « شهادتهما » .

(١٠٢) في ١ ، ب ، م : « في الرجوع » .

(١٠٣) في ١ : « شهادتهما » .

(١٠٤) سقطت : « يعتق » من م .

(١٠٥) في م : « ثلثاه وهو ثلث » .

(١٠٦) في الأصل : « اختلاف » .

(١٠٧) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

الْوَصِيَّةُ لَعْمُرٍ ، وَوَصَّى لِبَكْرِ بثلث ماله ، صَحَّتِ الشَّهَادَاتُ^(١٠٨) كُلُّهَا ، وَكَانَتْ
 الْوَصِيَّةُ لِبَكْرِ ، سَوَاءً كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مِنَ الْوَرَثَةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَهْمَةُ فِي حَقِّهِمْ . وَإِنْ
 كَانَتْ شَهَادَةُ الْبَيِّنَةِ الثَّلَاثَةِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، لَمْ تُفْذَ هَذِهِ الشَّهَادَةُ شَيْئًا^(١٠٩) ؛
 لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ بِالْبَيِّنَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، وَهِيَ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ . فَعَلَى هَذَا ،
 ثَبَّتُ الْوَصِيَّةُ لَعْمُرٍ . وَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ الثَّانِيَةُ شَهِدَتْ بِالْوَصِيَّةِ لَعْمُرٍ ، وَلَمْ تَشْهَدْ
 بِالرُّجُوعِ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، فَشَهِدَتِ الثَّلَاثَةُ بِرُجُوعِهِ^(١١٠) عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ لَا بَعِيْنَهَا ،
 فَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُعَيِّنَا الْمَشْهُودَ
 عَلَيْهِ ، وَيَصِيرُ كَالْوَقَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ لِهَذَا عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ أَلْفًا . أَوْ أَنَّ^(١١١) لِأَحَدِ هَذَيْنِ عَلَى
 هَذَا أَلْفًا . وَيَكُونُ الثَّلَثُ بَيْنَ الْجَمِيعِ أَثْلَاثًا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ
 يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، وَيُفْرَغُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الرُّجُوعِ عَنْ
 وَصِيَّتِهِ ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى . وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ عَنْ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ
 تَعْيِينٍ ، صَحَّتِ الشَّهَادَةُ بِهِ كَذَلِكَ . وَوَجْهُ / ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ ، ١٤٥/١١ ط
 وَتَصِحُّ الشَّهَادَةُ فِيهَا بِالْمَجْهُولِ ، فَجَازَتْ فِي الرُّجُوعِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْمَرْجُوعِ عَنْ وَصِيَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ وَصَّى لَزَيْدٍ بثلث ماله ، وَشَهِدَ وَاحِدٌ أَنَّهُ وَصَّى لَعْمُرٍ
 بثلث ماله ، انْتَبَى هَذَا عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ هَلْ يُعَارِضُ الشَّاهِدَيْنِ أَوْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، يُعَارِضُهُمَا ، فَيُخْلِفُ عَمْرًا مَعَ شَاهِدِهِ ، وَيُقَسِّمُ الثَّلَثَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ
 وَالْيَمِينَ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ ، فَأَشْبَهَ الشَّاهِدَيْنِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعَارِضُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ
 أَقْوَى ، فَيَرْجُحَانِ عَلَى الشَّاهِدِ وَالْيَمِينَ . فَعَلَى هَذَا ، يَنْفَرِدُ زَيْدٌ بِالثَّلَثِ ، وَيَقِفُ وَصِيَّةُ
 عَمْرٍو عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، وَوَصَّى لَعْمُرٍ
 بثلثه ، فَلَا تَعَارُضَ بَيْنَهُمَا ، وَيُخْلِفُ عَمْرًا مَعَ شَاهِدِهِ ، وَتَثْبُتُ الْوَصِيَّةُ لَعْمُرٍ . وَالْفَرْقُ
 بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، أَنَّ فِي الْأُولَى ، تَقَابَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، فَقَدَّمْنَا أَقْوَاهُمَا ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَمْ يَتَقَابَلَا ،

(١٠٨) فِي الْأَصْلِ : « الشَّهَادَتَانِ » .

(١٠٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١١٠) فِي م : « بِالرُّجُوعِ » .

(١١١) فِي م : « وَأَنْ » .

وإنما يثبت الرجوع ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ؛ لأن المقصود به المال . وهذا مذهب الشافعي . والله أعلم .

١٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ ^(١) فِي يَدِهِ دَارٌ ، فَأَدَّاعَاهَا رَجُلٌ ، فَأَقْرَبَهَا لغيره ، فَإِنْ كَانَ الْمُقْرُّ لَهُ بِهَا ^(٢) حَاضِرًا ، جُعِلَ الْخَصْمُ فِيهَا ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعَى بَيِّنَتِهِ ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَى خُصُومَتِهِ مَتَى حَضَرَ)

وجعلته أن الإنسان إذا ادعى داراً في يد غيره ، فقال الذي هي في يده : ليست لي ، إنما هي لفلان . وكان المقر له بها حاضراً ، سُئِلَ عن ذلك ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ، صارَ الْخَصْمُ فِيهَا ، وكان صاحب اليد ؛ لأنَّ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ اعْتَرَفَ أَنَّ يَدَهُ نَائِبَةٌ عَنْ يَدِهِ ، وإقرارُ الإنسان بما في يده إقرارٌ صحيحٌ ، فيصيرُ خَصْمًا لِلْمُدَّعَى ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى : أَخْلِفُوا لِي ^(٣) الْمُقْرُّ الَّذِي كَانَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ ، أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا لِي . فعليه الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٤) لَوْ أَقْرَرَهُ بِهَا ^(٥) بَعْدَ اعْتِرَافِهِ ، لَزِمَهُ الْعُرْمُ ، كما لو قال : هذه الْعَيْنُ لزيد . ثم قال : هي لعمرو . فَإِنَّمَا تُدْفَعُ إِلَى زَيْدٍ ، وَيَعْرَمُ ^(٦) قِيمَتُهَا لعمرو . وَمَنْ لَزِمَهُ الْعُرْمُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ ^(٧) مَعَ الْإِنْكَارِ ^(٨) ، فَإِنْ رَدَّ الْمُقْرُّ الْإِقْرَارَ ، وَقَالَ : لَيْسَتْ لِي ، وَإِنَّمَا هِيَ لِلْمُدَّعَى . حُكِمَ لَهُ بِهَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : هِيَ لِلْمُدَّعَى ، وَلَكِنْ قَالَ : لَيْسَتْ لِي . فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُدْفَعُ إِلَى الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّهُ

(١) في ١ : « كانت » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : ١ ، ب .

(٤) في ب : « فإنه » .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٦) في م : « ويدفع » .

(٧) في ب : « القيمة » .

(٨) في ب : « الإمكان » .

يَدْعِيهَا ، وَلَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهَا ، وَلَئِنْ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ لَوَادَّعَاهَا ، ثُمَّ تَكَلَّ ، قَضَيْنَا لَهُ ^(٩) بِهَا ^(١٠) ، فَمَعَ عَدَمَ ادِّعَائِهِ لَهَا أُولَى . وَالثَّانِي ، لَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا مُسْتَحَقٌّ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى لَا يَدَّ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةً ، وَصَاحِبُ الْيَدِ مُعْتَرِفٌ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، فَيَأْخُذُهَا الْإِمَامُ فَيَحْفَظُهَا لِصَاحِبِهَا . وَهَذَا الْوَجْهُ الَّذِي ^(١١) ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالْأَوَّلُ أُولَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ ^(١٢) دَلِيلِهِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، وَوَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّ الْمُدْعَى يَخْلِفُ ^(١٣) أَنَّهَا لَهُ ، وَتُسَلِّمُ إِلَيْهِ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُهُ ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِرَدِّ الْيَمِينِ إِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُقَرَّرُ : هِيَ لِثَالِثٍ ^(١٤) . انْتَقَلَتِ الْخُصُومَةُ إِلَيْهِ ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ صَاحِبِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِهَا مِنْ الْيَدِ ^(١٥) حُكْمًا . وَأَمَّا إِنْ أَقَرَّ بِهَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِمَجْهُولٍ ، قِيلَ لَهُ : لَيْسَ هَذَا بِجَوَابٍ . فَإِنْ أَقَرَّرْتَ بِهَا لِمَعْرُوفٍ ، وَإِلَّا جَعَلْنَاكَ نَاكِلاً ، وَقَضَيْنَا عَلَيْكَ . فَإِنْ أَصَرَّ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِالتَّكْوِيلِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا ^(١٦) لِعَائِبٍ ^(١٧) ، أَوْ لغيرِ مُكَلِّفٍ مُعَيَّنٍ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ^(١٨) ، صَارَتِ الدَّعْوَى عَلَيْهِ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةً ، لَمْ يُقَضَّ لَهُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْحَاضِرَ يَعْتَرِفُ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، وَلَا يُقَضَى عَلَى الْغَائِبِ بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى ، وَيَقْفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ ، وَيَصِيرَ غَيْرَ الْمُكَلِّفِ مُكَلِّفًا ، فَتَكُونُ الْخُصُومَةُ مَعَهُ . فَإِنْ قَالَ الْمُدْعَى : أَخْلِفُوا لِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ . أَخْلَفْنَاهُ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِلْمُدْعَى ، لَمْ تُسَلِّمْ ^{١١/٦٤٤ ط} إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ أَنَّهَا لغيرِهِ ، وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَتَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِهَا لغيرِهِ .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : « للمدعى » .

(١١) في م : « الثاني » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : أ .

(١٤) في م : « الثالث » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٧) في م : « الغائب » .

(١٨) في ب : « أو المجنون » .

وإن كان للمُدَّعى^(١٩) بَيِّنَةٌ ، ^(٢٠) سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَقَضَىٰ بِهَا ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَىٰ خُصُومَتِهِ ، مَتَى حَضَرَ ، لَهُ أَنْ يَقْدَحَ فِي بَيِّنَةِ الْمُدَّعى ، وَأَنْ يَقِيمَ بَيِّنَةً^(٢١) تَشْهَدُ بِانْتِقَالِ الْمَلِكِ إِلَيْهِ مِنَ الْمُدَّعى . وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَهَلْ يَقْضَىٰ بِهَا ؟ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَىٰ تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أَوْ الْخَارِجِ^(٢٢) ؛ فَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَأَقَامَ الْغَائِبُ بَيِّنَةً تَشْهَدُ لَهُ بِالْمِلِكِ وَالنَّتَاجِ ، أَوْ سَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، فَهَلْ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ، وَيُقْضَىٰ بِهَا ؟ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُقَرَّبِ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِهَا لِلْغَائِبِ ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَلَمْ يَقْضِ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْغَائِبِ ، وَالْغَائِبُ لَمْ يَدَّعِهَا هُوَ وَلَا وَكِيلُهُ ، وَإِنَّمَا سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ؛ لِمَافِيهَا مِنَ الْفَائِدَةِ ، وَهُوَ زَوَالُ التُّهْمَةِ عَنِ الْحَاضِرِ ، وَسُقُوطُ الْيَمِينِ عَنْهُ ، إِذَا ادَّعى عَلَيْهِ أَنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّهَا لِي . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَقْضَىٰ بِهَا ، إِذَا قُلْنَا بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَإِنَّ لِلْمُودِعِ الْمَخَاصِمَةَ فِي الرَّدِيعَةِ إِذَا غَضِبَتْ . وَلَا أَنَّهَا بَيِّنَةٌ مَسْمُوعَةٌ ، فَيُقْضَىٰ بِهَا ، كَبَيِّنَةِ الْمُدَّعى إِذَا لَمْ تُعَارِضْهَا بَيِّنَةٌ أُخْرَىٰ . فَإِنْ ادَّعى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، أَنَّهَا مَعَهُ بِإِجَارَةٍ أَوْ عَارِيَةٍ ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْمِلِكِ لِلْغَائِبِ ، لَمْ يَقْضَ بِهَا ؛ لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ثُبُوتَ الْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْمَلِكِ لِلْمُوجِرِ ، ^(٢٣) وَلَا يُمَكِّنُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لِلْمُوجِرِ^(٢٤) . بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا تُثَبِّتُ الْإِجَارَةُ الْمَتْرَبَةُ عَلَيْهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَيَتَخَرَّجُ^(٢٥) الْقَضَاءُ بِهَا عَلَى رِوَايَةِ^(٢٦) تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَكَوْنِ الْحَاضِرِ لَهُ فِيهَا حَقٌّ ؛ ^(٢٧) فَإِنَّهُ يَقْضَىٰ بِهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا^(٢٨) . وَمَتَى عَادَ الْمُقَرَّبُ بِهَا لِغَيْرِهِ ، فَأَدَّعَاها لِنَفْسِهِ ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، فَلَا يُسْمَعُ مِنْهُ الرَّجُوعُ عَنْ إِقْرَارِهِ . وَالْحُكْمُ فِي غَيْرِ الْمُكَلَّفِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْغَائِبِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

(١٩) فِي ١ ، ب ، م : « مع المدعى » .

(٢٠-٢١) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « والخارج » .

(٢٢-٢٣) سَقَطَ مِنْ : م . نَقَلَ نَظْرَ .

(٢٣) فِي م : « ويخرج » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٢٥-٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

فصل : وإذا طَلَبَ الْمُدَّعَى أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُ ^(٢٦) ، فيكتبُ له ^(٢٧) : حضر / القاضي فلان بن فلان الفلاني ، قاضي عبد الله الإمام فلان بن فلان الفلاني ، أو خليفته ^(٢٨) فلان بن فلان الفلاني ^(٢٩) ، إن كان تائبًا ، ^(٣٠) فلان بن فلان الفلاني ^(٣١) ، وأحضرَ معه فلان بن فلان الفلاني ، فادَّعى دَارًا في يَدَيْهِ - ويعينها ، ويذكرُ حَدُودَهَا وصِفَتَهَا - فاعترفَ بها المدَّعى عليه لفلان بن فلان الفلاني ، وهو حينئذٍ غائبٌ عن بلد القاضي ، فأقام المدَّعى بيَّنةً ، وهي فلان بن فلان الفلاني ، وفلان بن فلان الفلاني ، فشهدَ عنده للمدَّعى بما ادَّعاه ، وعَرَفَ الحاكمُ عدَّ التَّهما بما يسوِّغُ معه قبولَ شهادتهما ، أو شهدَ عنده بعدَ التَّهما فلان ، وفلان ، فقبلَ شهادتهما ، ففضى بها على الغائب ، وجعلَ ^(٣١) كُلَّ ذِي حُجَّةٍ على حُجَّتِهِ . فإن كان الغائبُ قد قَدِمَ ، ولم يأتِ بحُجَّةٍ ، زَادَ : وقَدِمَ الغائبُ المُقرُّ له بها فلان ، ولم يأتِ بحُجَّةٍ ^(٣٢) تدفعُ المدَّعى عن دَعْوَاهُ . وإن أقامَ عند حُضُورِهِ بيَّنةً ، زَادَ : وأقامَ بيَّنةً . وكانت بيَّنةُ المدَّعى مُقَدِّمةً على بيَّنتِهِ ؛ لأنَّها بيَّنةٌ خارجٌ .

فصل : وإذا ادَّعى إنسانٌ أَنَّ أباه مات ، وخلفه وأخاه غائبًا ، لا ^(٣٣) وارثَ له سِوَاهُمَا ، وتركَ دَارًا في يَدِ هذا الرَّجُلِ ، فأُنْكَرَ ^(٣٤) صاحبُ اليدِ ، وأقامَ المدَّعى بيَّنةً بما ادَّعاه ، ثَبَّتَ الدَّارَ لِلْمَيِّتِ ، وانتزَعَتِ الدَّارُ من يَدِ المُنْكَرِ ، ودَفَعَ نَصْفُهَا إلى المدَّعى ، وجُعِلَ النِّصْفُ الآخَرُ في يَدِ أَمِينٍ لِلْغَائِبِ ، يَكْرِيه له . وكذلك إن كان المدَّعى ممَّا يُنْقَلُ ويُحوَّلُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : إن كان ممَّا لا ^(٣٥) يُنْقَلُ ولا يُحوَّلُ ، أو

(٢٦) سقط من : أ .

(٢٧) في م زيادة : « محضرا » .

(٢٨) في أ ، ب ، م : « خليفة القاضي » .

(٢٩) سقط من : أ ، ب ، م .

(٣٠) - (٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) سقطت الواو من : م .

(٣٢) في أ : « حجته » .

(٣٣) في ب ، م : « ولا » .

(٣٤) في الأصل ، أ : « فأنكره » .

(٣٥) سقط من : م .

مِمَّا^(٣٦) يَنْحَفِظُ وَلَا يُخَافُ هَلَاكَهُ ، لَمْ يُنْتَزِعْ نَصِيبُ الْعَائِبِ مِنْ يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَائِبَ لَمْ يَدَّعِهِ هُوَ وَلَا وَكِيلُهُ ، فَلَمْ يُنْتَزِعْ مِنْ يَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوَادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّهُ يُسَلِّمُ إِلَى الْمُدَّعَى نَصِيبَهُ ، وَلَا يُنْتَزِعُ نَصِيبُ الْعَائِبِ ، كَذَا هَذَا^(٣٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَرَكَةُ مَيِّتٍ ، ثَبَتَتْ بَيِّنَةٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يُنْتَزَعَ نَصِيبُ الْعَائِبِ ، كَالْمَنْقُولِ ، وَكَأَلَوْ كَانَ أَخُوهُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، وَلَآنَ / فِيمَا قَالَهُ ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَدَّرَ عَلَى الْعَائِبِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ، وَقَدْ يَمُوتُ الشَّاهِدَانِ أَوْ يَغِييَا ، أَوْ تَزُولُ عَنْهُمَا^(٣٨) عَدَاةُ الثُّمَّا ، وَيُعْزَلُ الْحَاكِمُ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُحْفَظَ بِانْتِزَاعِهِ ، كَالْمَنْقُولِ . وَيُقَارِقُ الشَّرِيكُ الْأَجْنَبِيَّ إِجْمَالًا وَتَفْصِيلًا ؛ أَمَّا الْإِجْمَالُ ، فَإِنَّ الْمَنْقُولَ يُنْتَزَعُ فِيهِ^(٣٩) نَصِيبُ شَرِيكِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَا يُنْتَزَعُ نَصِيبُ شَرِيكِهِ الْأَجْنَبِيَّ ، وَأَمَّا التَّفْصِيلُ ، فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ ثَبَتَتْ بِهَا الْحَقُّ لِلْمَيِّتِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ ، وَتُنْفَذُ مِنْهُ وَصَايَاهُ ، وَلَآنَ الْأَخُ يُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَهُ ، إِذَا تَعَدَّرَ عَلَيْهِ أَخَذُ الْبَاقِي . فَأَمَّا إِنْ كَانَ دَيِّتًا فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ، فَهَلْ يَقْبِضُ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْعَائِبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَقْبِضُهُ ، كَمَا يَقْبِضُ الْعَيْنَ . وَالثَّانِي ، لَا يَقْبِضُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي ذِمَّةِ مَنْ هُوَ^(٤٠) عَلَيْهِ ، كَانَ أَحْوَطَ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَمَانَةً فِي يَدِ الْأَمِينِ ، لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ التَّلَفُ إِذَا قَبِضَهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ أَيْضًا^(٤١) يَعْزُضُ لِلتَّلَفِ بِالْفَلَسِ ، وَالْمَوْتِ ، وَعَزَلَ الْحَاكِمِ ، وَتَعَدَّرَ الْبَيِّنَةُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّا إِذَا دَفَعْنَا إِلَى الْحَاضِرِ نِصْفَ الدَّارِ أَوْ الدَّيْنِ ، لَمْ نَطْلُبْ لَهُ بَضْمِينَ ؛ لِأَنَّا دَفَعْنَا بِقَوْلِ الشُّهُودِ ، وَالْمَطَالِبَةُ بِالضَّمَمِينَ طَعْنٌ عَلَيْهِمْ . قَالَ أَصْحَابُنَا : سَوَاءٌ كَانَ الشَّاهِدَانِ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ ، أَوْ لَمْ يَكُونَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُمَا فِي نَفْيِ وَارِثٍ آخَرَ ، حَتَّى يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ ، وَالْمَعْرِفَةِ الْمُتَقَادِمَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ لَيْسَ جَهْلُهُ^(٤٢) بِالْوَارِثِ دَلِيلًا عَلَى عَدَمِهِ ، وَلَا يُكْتَفَى بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، تَكُونُ الدَّارُ مَوْقُوفَةً ، وَلَا يُسَلِّمُ إِلَى الْحَاضِرِ

(٣٦) سقط من : الأصل .

(٣٧) في ب ، م ، : « ههنا » .

(٣٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) سقط من : ا ، ب .

(٤١) سقط من : ا .

(٤٢) سقط من : ب ، م .

نِصْفُهَا، حَتَّى يَسْأَلَ الْحَاكِمُ، وَيَكْشِفَ عَنِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي كَانَ يَطْرُقُهَا^(٤٣)، وَيَأْمُرُ مُنَادِيًا يُنَادِي: إِنَّ فَلَانًا مَاتَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ، فَلْيَأْتِ. فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَارِثٌ لَظَهَرَ، دَفَعَ إِلَى الْحَاضِرِ نَصِيْبِهِ. وَهَلْ يَطْلُبُ مِنْهُ ضَمِيمًا؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ. وَهَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا كَانَ الشَّاهِدَانِ/ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ، وَلَكِنْ لَمْ يَقُولَا: وَلَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا سِوَاهُ. ١١/٤٨ و

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْإِبْنِ ذُو فَرْضٍ، فَعَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، يُعْطَى فَرْضُهُ كَامِلًا. وَعَلَى هَذَا التَّخْرِيجِ، يُعْطَى الْيَقِينُ. فَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ، أُعْطِيَتْ رُبْعُ الثَّمَنِ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَرْبَعُ نِسَوٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ جَدَّةٌ، وَلَمْ يَثْبُتْ مَوْتُ أُمِّهِ، لَمْ تُعْطَ شَيْئًا، وَإِنْ ثَبَتَ مَوْتُهَا، أُعْطِيَتْ ثُلُثُ السُّدُسِ، لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَلَاثُ جَدَّاتٍ، وَلَا تُعْطَى الْعَصْبَةُ شَيْئًا. فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ أُنْثَى، لَمْ يُعْطَ شَيْئًا؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَارِثٌ يَحْجُبُهُ. وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أُمٌّ، أُعْطِيَتْ السُّدُسُ عَائِلًا، وَالْمَرْأَةُ رُبْعُ الثَّمَنِ عَائِلًا، وَالزَّوْجُ الرَّبْعُ عَائِلًا؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ، فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ قَدْ تَعَوَّلَ مَعَ وُجُودِ الزَّوْجِ، مِثْلُ أَنْ يُخْلَفَ أَبُوْنِ وَابْنَيْنِ وَزَوْجًا، فَإِذَا كَشَفَ الْحَاكِمُ أَعْطَى الزَّوْجَ نَصِيْبَهُ، وَكَمَّلَ لَذَوَى الْفُرُوضِ فُرُوضَهُمْ.

فصل: وَإِذَا اخْتَلَفَ فِي دَارٍ، فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَأَقَامَ الْمُدَّعَى بَيِّنَةً، أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ كَانَتْ أَمْسَ مِلْكِهِ، أَوْ مِنْذُ شَهْرٍ، فَهَلْ تُسْمَعُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ، وَيُقْضَى بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا، تُسْمَعُ، وَيُحْكَمُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْمِلْكَ فِي الْمَاضِي، وَإِذَا ثَبَتَ اسْتِدْرَاجُ حَتَّى يُعْلَمَ زَوَالُهُ. وَالثَّانِي، لَا تُسْمَعُ. قَالَ الْقَاضِي: هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ مَا لَمْ يَدَّعِ الْمُدَّعَى الْمِلْكَ فِي الْحَالِ، فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَةٌ عَلَى مَا لَمْ يَدَّعِهِ، لَكِنْ إِنْ انْضَمَّ إِلَى شَهَادَتِهِمَا بَيَانُ سَبَبِ يَدِ الثَّانِي، وَتَعْرِيفُ تَعَدِّيها، فَقَالَا: نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَهُ أَمْسَ، فَعَصَبُهَا^(٤٤) هَذَا مِنْهُ، أَوْ سَرَقَهَا، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ فَالْتَقَطَهَا هَذَا. وَنَحْوَ ذَلِكَ، سُمِعَتْ، وَقُضِيَ بِهَا؛ لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُبَيِّنِ السَّبَبَ، فَالْيَدُ دَلِيلُ الْمِلْكِ، وَلَا تَنَافِي بَيْنَ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ، وَبَيْنَ دَلَالَةِ الْيَدِ، لَجَوَازِ أَنْ تَكُونَ مِلْكَهُ أَمْسَ، ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى صَاحِبِ الْيَدِ. فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ سَبَبَ الْيَدِ عُدْوَانٌ، خَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا دَلِيلًا، فَوَجِبَ الْقَضَاءُ بِاسْتِدْمَةِ الْمِلْكِ

(٤٣) فِي الْأَصْلِ، ب، م: «يَطْرُقُهَا».

(٤٤) فِي ب، م: «فَقَبْضُهَا».

١٤٨/١١ ظ السابق . وإن أقرّ / المُدَّعى عليه أنها كانت ملكاً للمُدَّعى أمس ، أو فيما مضى ، سُمِعَ إقراره ، وحُكِمَ به ، في الصَّحِيح ؛ لأنّه حينئذٍ يحتاجُ إلى بيان سبب انتقالها إليه ، فيصيرُ هو المُدَّعى ، فيحتاجُ إلى البَيِّنَةِ . ويُفارقُ البَيِّنَةُ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنّه أقوى من البَيِّنَةِ ، لكونه شهادةً من الإنسانِ على نفسه ، ويزولُ به التَّزاعُ ، بخلافِ البَيِّنَةِ ، ولهذا يُسَمَّعُ^(٤٥) في المَجْهُولِ ، ويُقْضَى به ، بخلافِ البَيِّنَةِ . والثَّانِي ، أنّ البَيِّنَةَ لا تُسَمَّعُ^(٤٦) ، إلَّا على ما ادَّعاهُ ، والدَّعْوَى يجبُ أن تكونَ مُعَلَّقةً بالحالِ ، والإقرارُ يُسَمَّعُ ابتداءً . وإنْ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ أنها كانت في يدهِ أمس ، ففي سَمَاعِها وَجْهَانِ . وإنْ أقرّ المُدَّعى عليه بذلك ، فالصَّحِيحُ أنها تُسَمَّعُ ، ويُقْضَى به ؛ بما ذُكِّرنا .

فصل : وإن ادَّعى أمةً أنها له ، وأقامَ بَيِّنَةً ، فشَهِدَتْ أنها ابنةُ أُمِّهِ ، أو ادَّعى ثَمَرَةً ، فشَهِدَتْ له البَيِّنَةُ أنها ثَمَرَةُ شَجَرَتِهِ ، لم يُحْكَمْ له بها ؛ لجَوَازِ أن تكونَ وَلَدُهَا قبل تَمْلِكِهَا^(٤٧) ، وأثْمَرَتِ الشَّجَرَةَ هذه الثَّمَرَةُ قبلَ مِلْكِهِ إِيَّاهَا . وإنْ قَالَتِ البَيِّنَةُ : وَلَدْتُهَا في مِلْكِهِ ، أو أثْمَرْتُهَا في مِلْكِهِ . حُكِمَ له بها ؛ لأنها شَهِدَتْ أنها ثَمَاءُ مِلْكِهِ ،^(٤٨) وَثَمَاءُ مِلْكِهِ^(٤٩) ، ما لم يَرُدَّ سَبَبُ يَنْقُلْهُ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ : لَا تُقْبَلُ شَهِادَتُهُ بِالْمِلْكِ السَّابِقِ ، على الصَّحِيحِ ، وهذه شَهِادَةُ بِمِلْكِ سَابِقٍ . قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، على تَقْدِيرِ التَّسْلِيمِ ، أنّ الثَّمَاءَ تَابِعٌ لِلْمِلْكِ فِي الْأَصْلِ ، فَأَثْبَاتُ مِلْكِهِ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَا لَوْ قَالَ : مَلِكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ . وَأَقَامَ البَيِّنَةُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّ مِلْكَهُ يَثْبُتُ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي تَبَعًا لِلْحَالِ ، ويكونُ له الثَّمَاءُ فيما مَضَى ، ولأنَّ البَيِّنَةَ هُنَا شَهِدَتْ بِسَبَبِ الْمِلْكِ ، وهو وَلادُثُهَا ، أو وُجُودُهَا في مِلْكِهِ ، فَقَوِيَتْ بِذَلِكَ ، ولهذا لَوْ شَهِدَتْ بِالسَّبَبِ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي ، فَقَالَتْ : أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، أو بَاعَهُ . ثَبَّتَ^(٥٠) الْمِلْكُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، فَمَعَ ذِكْرُهُ أَوَّلَى . وَإِنْ شَهِدَتْ له البَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا /^(٥١) الْعَزْلُ مِنْ قُطْبِهِ^(٥٢) ، وهذا الدَّقِيقُ مِنْ حِنْطَتِهِ ، أو أَنَّ^(٥٣) هَذَا الطَّائِرُ مِنْ بَيْضَتِهِ ، حُكِمَ له به وَإِنْ لَمْ يُضِفْهُ إِلَى مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَزْلَ

(٤٥-٤٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٦) في ١ ، ب : « أن يملكها » .

(٤٧) في الأصل : « ثلث » تحريف .

(٤٨-٤٨) في الأصل ، ١ ، ب : « القطن من غرله » .

(٤٩) في م : « وأن » .

عَيْنُ الْقُطْنِ ، وَإِنَّمَا تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ ، وَالذَّقِيقَ أَجْزَاءُ الْحِنْطَةِ تَفَرَّقَتْ ، وَالطَّيْرَ هُوَ أَجْزَاءُ الْبَيْضَةِ اسْتَحَالَ ، فَكَأَنَّ الْبَيْضَةَ قَالَتْ : هَذَا غَزْلُهُ وَذَقِيقُهُ وَطَيْرُهُ . وليس كذلك الْوَلَدُ^(٥٠) وَالثَّمَرَةُ ، فَإِنَّهُمَا غَيْرُ الْأُمِّ وَالشَّجَرَةِ . ولو شَهِدَا^(٥١) أَنَّ هَذِهِ الْبَيْضَةُ مِنْ طَيْرِهِ ، لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهَا حَتَّى يَقُولَا : بَاضَهَا فِي مِلْكِهِ . لِأَنَّ الْبَيْضَةَ غَيْرُ الطَّيْرِ ، وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ نَمَائِهِ ، فَهِيَ كَالْوَلَدِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ كَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا كَانَتْ فِي يَدِ زَيْدٍ دَارٌ ، فَادَّعَاهَا عَمْرُو ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ خَالِدٍ بَتَمَنٍ مُسَمًّى نَقَدَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَنَّ خَالِدًا وَهَبَهُ تِلْكَ الدَّارَ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ بِهَذَا حَتَّى يُشْهَدَ أَنَّ خَالِدًا بَاعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ وَهَبَهَا لَهُ وَهُوَ يَمْلِكُهَا ، أَوْ يُشْهَدُ أَنَّهَا دَارُ عَمْرٍو اشْتَرَاهَا مِنْ خَالِدٍ ، أَوْ يُشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَهَا أَوْ وَهَبَهَا لَهُ ، وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ . وَإِنَّمَا لَمْ تُسْمَعْ الْبَيِّنَةُ بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ وَالْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُهُ وَيَهَبُهُ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ بِهِ ، فَإِنْ انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ الشَّهَادَةُ لِلْبَائِعِ بِالْمِلْكِ ، أَوْ شَهِدُوا لِلْمُشْتَرِي بِالْمِلْكِ ، أَوْ شَهِدُوا بِالتَّسْلِيمِ ، فَقَدْ شَهِدُوا بِتَقْدِيمِ الْيَدِ ، أَوْ بِالْمِلْكِ لِلْمُدَّعَى ، أَوْ لِمَنْ بَاعَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ تَدُلُّ عَلَى الْمِلْكِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِنَّمَا قَبْلَانَا هِيَ^(٥٢) شَهَادَةُ بِمِلْكٍ مَاضٍ ؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ مَعَ السَّبَبِ ، وَالظَّاهِرُ اسْتِمْرَارُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُذَكَّرِ السَّبَبُ .

فصل : وإذا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ طِفْلٌ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَادَّعَى أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، قُبِلَتْ دَعْوَاهُ ، وَلَمْ يُحَلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ ، وَالصَّبِيُّ مَا لَمْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَالْبَهِيمَةِ وَالْمَتَاعِ^(٥٣) ، إِلَّا أَنْ يُعْرَفَ أَنَّ^(٥٤) سَبَبَ يَدِهِ غَيْرُ الْمِلْكِ ، مِثْلُ أَنْ يَلْتَقِطَهُ ، فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لِرَقَبِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، / وَأَمَّا غَيْرُهُ فَقَدْ وَجَدَ فِيهِ دَلِيلُ الْمِلْكِ مِنْ ١٤٩/١١ ظ غَيْرِ مُعَارِضٍ ، فَيُحْكَمُ بِرَقَبِهِ . فإذا بَلَغَ ، فَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ

(٥٠) فِي م : « بِالْوَلَدِ » .

(٥١) فِي م : « شَهِدَ » .

(٥٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « وَالْمَبَاعِ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

برقه قبل دَعَوَاهُ . وإن لم يدع ملكه ، لكنّه ^(٥٥) كان يتصرّف فيه بالاستخدام وغيره ، فهو كما لو ادّعى رقه ، ويحكم له ^(٥٦) برقه ؛ لأنّ اليد دليل الملك . فإن ادّعى أجنبيّ نسبه ، لم يُقبل ؛ لما فيه من الضرر على السيّد ، لأنّ النسب مُقدّم على الولاء في الميراث . فإن أقام اليئنة بنسبه ، ثبت ، ولم يُزل الملك عنه ؛ لأنّه يجوز أن يكون ولده ^(٥٧) وهو مملوك ، بأن يتزوج بأمة ، أو يُسبى الصّغير ثم يُسلم أبوه ، إلّا أن يكون الأب عريباً ، فلا يُسترق ولده ، في رواية . وهو قول الشافعيّ القديم . وإن أقام يئنة أنّه ابن حرّة ، فهو حرّ ؛ لأنّ ولد الحرّة لا يكون إلّا حراً . وإن كان الصبيّ مُميّزاً ، يُعبر عن نفسه ، فادّعى من هو في يده رقه ، ولم يُعرف تقدّم اليد عليه قبل تميّزه ^(٥٨) ، إلّا أنّنا ^(٥٩) رأينا في يده وهما يتنازعا ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يثبت ملكه عليه ؛ لأنّه مُعرب عن نفسه ، ويدّعى الحرّة ، أشبهه البالغ . والثاني ، يثبت ملكه عليه ؛ لأنّه صغير ادّعى ملكه ^(٦٠) وهو في يده ، فأشبهه الطفل . فأما البالغ إذا ادّعى رقه فأنكر ، لم يثبت رقه إلّا بيئته . وإن لم تكن بيئته ، فالقول قوله مع يمينه في الحرّة ؛ لأنّها الأصل . وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، إلّا أنّ أصحاب الرأى قالوا : متى أقام إنسان بيئته أنّه ولده ، ثبت النسب والحرّة ؛ لأنّ ظهور الحرّة في ولد الحر أكثر من احتمال الرّق الحاصل باليد ، لا سيما إذا لم يُعرف من الرجل كُفر ، ولا تزوّج بأمة ، فلا يتيقن ^(٦١) احتمال الرّق . وهذا القول هو الصواب ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن ادّعى اثنان رقّ بالغ في أيديهما ، فأنكرهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن اعترف لهما بالرقّ ، ثبت رقه . فإن ادّعاه كلّ واحد منهما لنفسه ، فاعترف لأحدهما ، فهو لمن اعترف له . وهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يكون بينهما نصفين ؛ لأنّ

١٥٠/١١

(٥٥) في م : « لأنه » .

(٥٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٧) سقط من : الأصل .

(٥٨) في الأصل : « تميّزه » .

(٥٩) في م زيادة : « إن » .

(٦٠) في ا ، ب ، م : « رقه » .

(٦١) في ا ، ب ، م : « ينفى » .

يَدِّهَا عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الطِّفْلَ وَالثُّوبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا ^(٦٢) حَكَمَ بِرَقِّهِ بِاعْتِرَافِهِ ، فَكَانَ مَمْلُوكًا لِمَنْ اعْتَرَفَ لَهُ ، كَمَا لَمْ تَكُنْ يَدُهُ عَلَيْهِ . وَيُخَالِفُ الثُّوبَ وَالطِّفْلَ ؛ فَإِنَّ الْمَلِكَ حَصَلَ فِيهِمَا بِالْيَدِ ، وَقَدْ تَسَاوَيَا فِيهَا ^(٦٣) ، وَهَلُنَا حَصَلَ بِالْاعْتِرَافِ ، وَقَدْ اخْتَصَّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، فَكَانَ مُحْتَصًا بِهِ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، أَوْ يُقَرَّغُ ^(٦٤) بَيْنَهُمَا ، أَوْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ^(٦٥) ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . فَإِنْ قُلْنَا بِسُقُوطِهِمَا ، وَلَمْ يَعْتَرِفْ لَهَا بِالرَّقِّ ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لِأَحَدِهِمَا ، فَهُوَ لِمَنْ اعْتَرَفَ لَهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ لَهَا مَعًا ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ سَقَطَتَا ، وَصَارَتَا كَالْمَعْدُومَتَيْنِ . فَإِنْ قُلْنَا بِالْقَرْعَةِ أَوْ الْقِسْمَةِ ، فَأُنْكِرْهُمَا ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى إِنْكَارِهِ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى اعْتِرَافِهِ ؛ لِأَنَّ رَقَّهُ ثَابِتٌ بِالْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ تَبْقَ لَهُ يَدٌ عَلَى نَفْسِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِيهِمَا إِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ دَارًا فِي يَدِ الثَّالِثِ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهَا ^(٦٦) لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ يَرْجَحْ بِإِقْرَارِهِ .

فصل : ولو كان في يده صغيرة ، فادَّعى نكاحها ، لم يقبل منه ، ولا يخلى بينها وبينه . ولو ادَّعى رَقَّها قبل منه ، إذا كانت طفلة لا تعبّر عن نفسها ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ ، وَأَمَّا الْمُدَّعَى لِلنِّكَاحِ ^(٦٧) ، فَهُوَ مُقَرَّرٌ بِحُرِّيَّتِهَا ، أَوْ بِأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، وَالْيَدُ لَا تَثْبُتُ عَلَى الْحُرِّ ، فَإِذَا كَبُرَتْ فَاعْتَرَفَتْ لَهُ بِالنِّكَاحِ ، قَبْلَ إِقْرَارِهَا .

فصل : ولو ادَّعى ملك عَيْنٍ ، وَأَقَامَ بِهِ بَيِّنَةً ، وَادَّعى آخَرُ أَنَّهُ بَاعَهَا مِنْهُ ، أَوْ وَهَبَهَا إِيَّاهُ ، أَوْ وَقَفَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ ادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ أَصْدَقَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ أَعْتَقَهَا ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، قُضِيَ لَهَا بِهَا . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ هَذَا شَهِدَتْ بِأَمْرِ ^(٦٨) خَفِيَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْأُخْرَى ، وَالْبَيِّنَةُ الْأُخْرَى شَهِدَتْ بِالْأَصْلِ ، فَيُمْكِنُ أَنَّهُ كَانَ مِلْكُهُ ، ثُمَّ صَنَعَ بِهِ مَا

(٦٢) سقط من : ١ .

(٦٣) في م : « فيه » .

(٦٤) في م : « ويقرّع » .

(٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٦) في الأصل : « بها » .

(٦٧) في ب : « النكاح » .

(٦٨) في ١ : « بما » .

شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ الْأُخْرَى . وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَتَرَكَ^(٦٩) دَارًا ، فَادَّعَى ابْنُهُ أَنَّهُ خَلَفَهَا مِيرَاثًا ، وَادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ أَصْدَقُهَا / إِيَّاهَا ، وَأَقَامَا بِذَلِكَ بَيِّنَتَيْنِ ، حُكِمَ بِهَا لِلْمَرْأَةِ ، لِأَنَّهَا تَدَّعَى أَمْرًا إِذَا خَفِيَ عَلَى بَيِّنَةِ الْإِنِّ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِالشَّرَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ ، بِأَنَّهُ بَاعَ مَلِكُهُ أَوْ مَا فِي يَدِهِ ، أَوْ لَمْ تَشْهَدْ بِذَلِكَ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ ، أَوْ لَمْ تَذْكُرِ الْقَبْضَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، وَلَا تُزَالُ يَدُ الْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ تَشْهَدْ الْبَيِّنَةُ بِأَنَّهُ بَاعَ مَلِكُهُ أَوْ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْمُطْلَقَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُ . وَلَنَا ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْبَائِعِ أَثْبَتُ الْمِلْكِ لَهُ ، فَإِذَا قَامَتْ^(٧٠) بَيِّنَةُ الشَّرَاءِ عَلَيْهِ ، كَانَتْ حُجَّةً عَلَيْهِ فِي إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهَا إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَوَجَبَ الْقَضَاءُ لَهُ بِهَا . وَلَوْ ادَّعَى إِنْسَانٌ دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهَا لِي مِنْذُ سَنَةٍ ، وَأَقَامَ بِهَذَا بَيِّنَةً ، فَجَاءَ ثَالِثٌ ، فَادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ مُدَّعِيهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ بِهَذَا بَيِّنَةً ، ثَبَّتَ^(٧١) لِمُدَّعِي الشَّرَاءِ ، وَلَيْسَ فِي شَهَادَةِ الْبَيِّنَةِ الْأُولَى أَنَّهُ تَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، مَا يُبْطِلُ أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ مِلْكِهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَمِلْكِهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، فَإِنَّ الْمَالِكَ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، يَسْتَمِرُّ مِلْكُهُ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ . فَإِنْ قَالَتْ بَيِّنَةُ الشَّرَاءِ : وَهُوَ^(٧٢) مَالِكُهَا . ثَبَّتَ الْمِلْكُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ، وَإِنْ لَمْ تُقْلَ ذَلِكَ ، كَانَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا قَدْ ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ مِلْكَ دَارٍ فِي يَدِ آخَرَ ، وَادَّعَى صَاحِبُ الْيَدِ أَنَّهَا فِي يَدِهِ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بَدْعَوَاهُ ، فَهِيَ لِمُدَّعِي الْمِلْكِ ، بِلَا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ الدَّعَوَتَيْنِ وَلَا الْبَيِّنَتَيْنِ ، لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ مِلْكًا لَهُ وَهِيَ فِي يَدِ الْآخَرِ . وَإِنْ ادَّعَى دَابَّةً أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ عَشْرِ سِنِينَ ، وَأَقَامَ بِهَذَا بَيِّنَةً ، فَوُجِدَتْ الدَّابَّةُ لَهَا أَقْلٌ مِنْ عَشْرِ سِنِينَ ، فَالْبَيِّنَةُ كَاذِبَةٌ ، وَالدَّابَّةُ لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَقْرَأُ لِفُلَانٍ بِالْفِ ، وَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَضَاهُ ،

(٦٩) فِي ب زِيَادَةِ : « تَرَكَ » .

(٧٠) فِي م : « أَقَامَتْ » .

(٧١) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، م : « ثَبَّتَ » .

(٧٢) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

ثَبَّتَ الْإِقْرَارُ ، فَإِنْ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ^(٧٣) عَلَى الْقَضَاءِ ، ثَبَّتَ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُقَرَّرُ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِهِ ، وَثَبَّتَ ^(٧٤) لَهُ الْأَلْفُ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عَلَيْهِ أَلْفًا ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَضَاهُ أَلْفًا ، لَمْ ^(٧٥) تَثْبُتْ عَلَيْهِ الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ لَمْ يَشْهَدْ بِالْأَلْفِ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا تَضَمَّنَتْ شَهَادَتُهُ أَنَّهَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، / وَالشَّهَادَةُ لَا تُقْبَلُ إِلَّا صَرِيحَةً ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فَإِنْ ^(٧٦) الْبَيِّنَةُ أَثْبَتَتْ الْأَلْفَ بِشَهَادَتِهَا الصَّرِيحَةِ بِهَا . وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، فَقَالَ : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى شَيْئًا . فَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْقَرْضِ ، وَأَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً أَنَّهُ قَضَاهُ أَلْفًا ، وَلَمْ يُعْرِفِ التَّارِيخَ ، بَرِيَ بِالْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَلْفٌ وَاحِدٌ ، وَلَا يَكُونُ الْقَضَاءُ إِلَّا لِمَا عَلَيْهِ ، فَلهَذَا جُعِلَ الْقَضَاءُ لِلْأَلْفِ الثَّابِتَةِ ^(٧٦) . وَإِنْ قَالَ : مَا أَقْرَضْتَنِي ^(٧٧) . ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِالْقَضَاءِ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ ^(٧٨) فِي أَنَّهُ قَضَاهُ الْقَرْضُ ^(٧٨) ؛ لِأَنَّهُ بِإِنْكَارِهِ الْقَرْضَ تَعَيَّنَ صَرْفُهَا إِلَى قَضَاءٍ غَيْرِهِ . وَلَوْ لَمْ يُنْكِرِ الْقَرْضَ ، إِلَّا أَنَّ بَيِّنَةَ الْقَضَاءِ كَانَتْ مُورِّخَةً بِتَارِيخٍ سَابِقٍ عَلَى الْقَرْضِ ، لَمْ يَجُزْ صَرْفُهَا إِلَى قَضَاءِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضَى الْقَرْضُ قَبْلَ وُجُودِهِ .

١٩٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَحَلَفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَادَّعَى الْكَافِرُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ كَافِرًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَافِرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ بِاعْتِرَافِهِ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، مُعْتَرِفٌ ^(١) أَنَّ ^(٢) أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، مُدَّعٍ ^(٣) لَا سَلَامَ . وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، وَلَمْ تُكُنْ بَيِّنَةٌ بِأُخُوَّتِهِ ، كَانَ الْيَرَاثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِتَسَاوَى أَيْدِيهِمَا)

وجملته أَنَّهُ إِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، لَا يُعْرَفُ دِينُهُ ، وَتَخَلَّفَ تَرَكَةٌ وَابْنَيْنِ ، يَعْتَرِفَانِ أَنَّهُ أَبُوهُمَا ،

(٧٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « شَاهِدٌ » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « وَثَبَّتَ » .

(٧٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب ، م .

(٧٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « الثَّانِيَةِ » .

(٧٧) فِي ب : « أَقْرَضْتَنِي » .

(٧٨) (٧٨-٧٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١) فِي ب ، م : « يَعْتَرِفُ » .

(٢) فِي م : « بِأَنَّ » .

(٣) فِي م : « مَدْعَا » .

أحدهما مُسْلِمٌ ، والآخرُ كَافِرٌ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ ، وَأَنَّ الْمِيرَاثَ لَهُ دُونَ أَخِيهِ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْكَافِرِ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمُسْلِمِ لَا تَحُلُو مِنْ أَنْ يَدَّعَى كَوْنَ الْمَيِّتِ مُسْلِمًا أَصْلِيًّا ، فَيَجِبُ كَوْنُ أَوْلَادِهِ مُسْلِمِينَ ، وَيَكُونُ أَخُوهُ الْكَافِرُ مُرْتَدًّا ، وَهَذَا خِلَافُ الظَّاهِرِ ، فَإِنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُقَرَّرُ عَلَى رَدِّهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . أَوْ يَقُولُ : إِنَّ أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ مَوْتِهِ . فَهُوَ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّ الْأَصْلَ مَا قَالَهُ أَخُوهُ ، مُدَّعٍ زَوَالَهُ وَائْتِفَالَهُ ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَيْهِ ^(٤) عَلَى مَا كَانَ ، حَتَّى يَثْبُتَ زَوَالُهُ . وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : إِنَّ الْمُسْلِمَ / ^{١٥١/١١} بِاعْتِرَافِهِ بِأَخُوَّةِ الْكَافِرِ مُعْتَرِفٌ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، مُدَّعٍ ^(٥) لِإِسْلَامِهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُمَا فِي الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَ اثْنَانِ عَيْنًا فِي أَيْدِيهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمِيرَاثُ لِلْمُسْلِمِ مِنْهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ الْإِسْلَامِ ، يُحْكَمُ بِإِسْلَامِ لِقِيطِهَا ، وَيَثْبُتُ لِلْمَيِّتِ ^(٦) فِيهَا ، إِذَا لَمْ يُعْرَفْ ^(٧) أَصْلُ دِينِهِ ^(٧) ، حُكْمُ الْإِسْلَامِ ؛ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، وَدَفْنِهِ ، وَتَكْفِينِهِ مِنَ الْوَقْفِ الْمُوقُوفِ عَلَى أَكْفَانِ مَوْتَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلِأَنَّ هَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ ^(٨) الْمُسْلِمِينَ فِي تَعْسِيلِهِ ، وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، وَدَفْنِهِ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَسَائِرِ أَحْكَامِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي مِيرَاثِهِ ، وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يَغْلَى عَلَيْهِ ^(٩) ، وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ أَخُوهُ الْكَافِرُ مُرْتَدًّا ، لَمْ تَثْبُتْ عِنْدَ الْحَاكِمِ رَدُّهُ ، وَلَمْ يَنْتَهَ إِلَى الْإِمَامِ خَبَرُهُ ، وَظُهُورُ الْإِسْلَامِ بِنَاءً عَلَى هَذَا أَكْثَرُ مِنْ ظُهُورِ الْكُفْرِ بِنَاءً عَلَى كُفْرِ أَبِيهِ ، وَلِهَذَا جَعَلَ الشَّرْعُ أَحْكَامَهُ أَحْكَامَ الْمُسْلِمِينَ ، فِيمَا عَدَا الْمُتَنَازِعَ فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ نَظْرَ ؛ فَإِنْ كَانَتِ التَّرَكَةُ فِي أَيْدِيهِمَا ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي أَيْدِيهِمَا ، قُرِعَ ^(٩) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ ، وَاسْتَحَقَّ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا تَدَاعَى عَيْنًا . وَيَقْتَضِي كَلَامُهُ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا لَا يَصْلُحُ ^(١٠) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْتَرِفُ أَنَّ هَذِهِ التَّرَكَةُ تَرَكَةُ هَذَا الْمَيِّتِ ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥) في م : « مدعى » .

(٦) سقط من : ا .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨) في م زيادة : « الموقى » .

(٩) في م : « أقرع » .

(١٠) في ا : « يصح » .

يَسْتَحِقُّهَا بِالْمِيرَاثِ ، فَلَا حُكْمَ لِيَدِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ الْأَمْرُ حَتَّى يُعْرِفَ أَصْلُ دِينِهِ ، أَوْ يَصْطَلِحَا ^(١١) . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الدَّلِيلِ عَلَى ظُهُورِ كُفْرِهِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَعَيَّنُ التَّرْجِيحُ لِقَوْلِهِ ، وَصَرَفَ الْمِيرَاثَ إِلَيْهِ ، وَأَمَّا ظُهُورُ حُكْمِ الْإِسْلَامِ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ؛ فَلَأَنَّ الصَّلَاةَ لَا ضَرَرَ فِيهَا عَلَى أَحَدٍ ، وَكَذَلِكَ تَغْسِيلُهُ وَدَفْنُهُ . / وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى . فَإِنَّمَا يَعْلُو إِذَا ثَبَتَ ، وَالتَّرَاغُ فِي ثُبُوتِهِ . ١٥٢/١١ وَهَذَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَثْبُتْ ^(١٢) أَصْلُ دِينِهِ ^(١٢) ، فَأَمَّا إِنْ ثَبَتَ أَصْلُ دِينِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَنْفِيهِ عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِمَا ذَكَرَ ^(١٣) فِي الَّتِي قَبْلُهَا . وَلَنَا ؛ أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدَّعِيهِ ، كَسَائِرِ الْمَوَاضِعِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْتَرَفِ الْمُسْلِمُ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، وَادَّعَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْمَيِّتَ أَبُوهُ دُونَ الْآخَرِ ، فَهُمَا سَوَاءٌ فِي الدَّعْوَى ^(١٤) ؛ لِتَسَاوِي أُيْدِيهِمَا وَدَعَاوِيهِمَا ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ وَالْكَافِرَ فِي الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، وَيُقَسَّمُ مِيرَاثُهُ نِصْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا دَارٌ ، فَأَدَعَاها كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ قَوْلُ الْمُسْلِمِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَقَامَ الْمُسْلِمُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَأَقَامَ الْكَافِرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، أَسْقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَإِنْ قَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ كَافِرًا . وَقَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ مُسْلِمًا ، فَالْمِيرَاثُ لِلْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَطْرَأُ عَلَى الْكُفْرِ إِذَا لَمْ يُورَخْ ^(١) الشُّهُودُ ^(٢) مَعْرِفَتُهُمْ)

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا خَلَفَ الْمَيِّتُ وَلَدَيْنِ ؛ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَأَدَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَأَقَامَ ^(٣) بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَأَقَامَ ^(٣) الْكَافِرُ بَيِّنَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، وَلَمْ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَيَصْطَلِحَا » .

(١٢-١٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٣) فِي ١ ، ب ، م : « ذَكَرْنَا » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « الدَّعْوَى » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَقْدَحُ » .

(٢) فِي م : « شُهُود » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب . نَقَلَ نَظَرَ .

يُعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عُرِفَ أصل دينه ، نظرنا في لفظ الشهادة ؛ فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلّفُظ بما شهدت به ، فهما متعارضتان ، وإن شهدت إحداها أنه مات على دين الإسلام ، وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر ، قدّمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه ؛ لأن البينة له على أصل دينه ، ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه ؛ لأنهما إذا عرّفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه ، جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي / عرفاه ، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى ، فقدّمت عليها ، كالمشهدا^(٤) بأن هذا العبد كان ملكاً للفلان إلى أن مات ، وشهد آخران أنه اعتقه أو باعه قبل موته ، قدّمت بينة العتق والبيع . فأما إن قال شاهدان : نعرفه^(٥) قبل موته قد^(٥) كان مسلماً . وقال شاهدان : نعرفه كان^(٦) كافراً . نظرنا في تاريخيهما ؛ فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين ، عمل بالآخرة منهما ، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى ، إلى ما شهدت به الآخرة . وإن كانتا مطلقتين ، أو إحداها مطلقة ، قدّمت بينة المسلم ؛ لأن المسلم لا يقرّ على الكفر في دار الإسلام ، وقد يسلم الكافر ، فيقرّ . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، نظرت في شهادتهما ، فإن كانت على اللفظ ، فهما متعارضتان . وإن لم تكن على اللفظ ، ولم يعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عُرِفَ أصل دينه ، قدّمت الناقلة له عن أصل دينه . وكل موضع تعارضت البيّتان ، فقال الخرقى : تسقط البيّتان ، ويكونان كمن لا بينة لهما . وقد ذكرنا روايتين أخريين ؛ إحداهما ، يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة ، حلف ، وأخذ . والثانية ، تقسم بينهما . ونحو هذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تقدّم بينة الإسلام على كل حال . وقد مضى الكلام معه . وقول الخرقى ، فيما إذا قال شاهدان : نعرفه كان مسلماً . وقال شاهدان : نعرفه كان كافراً . محمول على من لم يعرف أصل دينه ، أو علم^(٧) أن^(٨) أصل دينه الكفر . أمّا من كان مسلماً في الأصل ، فينبغى أن تقدّم بينة

(٤) في م : « شهد » .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : ا ، ب .

(٧) في ا : « على » .

(٨) سقط من : ب .

الكُفْرِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْإِسْلَامِ يَجُوزُ أَنْ تَسْتَنِدَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْلِ .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ ابْنًا مُسْلِمًا ، وَأُخًا كَافِرًا ، فَاخْتَلَفَا فِي دِينِهِ حَالِ مَوْتِهِ ^(٩) ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلُهَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَقَارِبِ ، إِلَّا أَنْ يُخْلَفَ / ^(١٠) أَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ^(١١) ، أَوْ ^(١٢) ١٥٣/١١ غَيْرَهُمَا مِنَ الْأَقَارِبِ ، وَيُخْتَلَفُونَ فِي دِينِهِ ، فَإِنْ كَوَّنَ الْأَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ بِمَنْزِلَةِ مَعْرِفَةِ أَصْلِ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ قَبْلَ بُلُوغِهِ مُحْكَمٌ لَهُ بِدِينِ أَبِيهِ ، فَيُثْبِتُ ^(١٣) أَنَّهُ كَانَ كَافِرًا ، وَأَنَّ الْابْنَيْنِ يَدْعِيَانِ إِسْلَامَهُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْأَبَوَيْنِ . وَإِنْ كَانَ ^(١٤) مُسْلِمَيْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا فِي إِسْلَامِهِ ، لِأَنَّ كُفْرَهُ يَنْبَغِي عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا فَارْتَدَّ ، أَوْ أَنَّ ^(١٥) أَبَوَيْهِ كَانَ كَافِرَيْنِ ، فَاسْلَمَا بَعْدَ بُلُوغِهِ ، وَالْأَصْلُ خِلَافُهُ .

فصل : وَلَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ ، وَخَلَفَ زَوْجَةً وَوَرَثَةً سِوَاهَا ، وَكَانَتِ الزَّوْجَةُ كَافِرَةً ، ثُمَّ اسْلَمَتْ ، فَادَّعَتْ أَنَّهَا اسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَأُنْكَرَها الْوَرَثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهَا كَافِرَةٌ ، فَادَّعَى عَلَيْهَا الْوَرَثَةُ أَنَّهَا كَانَتْ كَافِرَةً ، فَأُنْكَرَتْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ادَّعَوْهُ عَلَيْهَا . وَإِنْ ادَّعَوْا أَنَّهُ طَلَّقَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَأُنْكَرَتْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَإِنْ اعْتَرَفَتْ بِالطَّلَاقِ ، وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَادَّعَتْ أَنَّهُ رَاجَعَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ . وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فِي أَنَّهَا لَمْ تَنْقُضِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤها . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلِّهِ خِلَافًا . وَهَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَوْ خَلَفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا كَانَ مُسْلِمًا حِينَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ اسْلَمَ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ ، وَجَحَدَهُ أَخُوهُ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْمُتَّفِقِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ زَوَالُهُ ، وَعَلَى أَخِيهِ الْيَمِينُ ، وَتَكُونُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهَا عَلَى نَفْيِ فِعْلِ أَخِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَبَتَ أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَإِنْ مَنْ اسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا ، وَالْآخَرُ رَقِيقًا ، ثُمَّ عَتَقَ ، وَاخْتَلَفَا

(٩) فِي ١ ، م : « الْمَوْتُ » .

(١٠ - ١١) فِي م : « أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ » .

(١١) فِي م : « ثَبِتَ » .

(١٢) فِي م : « كَانَ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، ب : « وَأَنْ » .

فِي حُرَّتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَنْفِيهَا . وَإِنْ لَمْ يَنْبُتْ أَنَّهُ كَانَ رَقِيقًا وَلَا كَافِرًا ، فَادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ ، فَأُنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ / ، وَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ ، وَعَدَمُ مَا سِوَاهُمَا .

فصل : وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُ الْبَنَيْنِ فِي غُرَّةِ شَعْبَانَ ، وَالْآخَرُ^(١٤) فِي غُرَّةِ رَمَضَانَ ، وَاخْتَلَفَا فِي مَوْتِ أَبِيهِمَا ، فَقَالَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا : مَاتَ فِي شَعْبَانَ ، فَوَرِثْتُهُ وَحْدِي . وَقَالَ الْآخَرُ : مَاتَ فِي رَمَضَانَ . فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ حَيَاتِهِ حَتَّى يُعْلَمَ زَوَالُهَا . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَعَارَضَانِ . وَالثَّانِي ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ مَوْتِهِ فِي شَعْبَانَ ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ ، لِأَنَّهَا بَيِّنَتْ مَوْتَهُ فِي شَعْبَانَ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْفَى ذَلِكَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْآخَرَى .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي دَارٍ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذِهِ الدَّارُ^(١٥) دَارِي ، وَرِثْتُهَا مِنْ أَبِي . وَادَّعَى الْآخَرُ ، أَنَّهَا دَارُهُ ، وَرِثْتُهَا مِنْ أَبِيهِ . وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَخًا لِلْآخَرِ ، وَكَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ، سِوَاءَ كَانَ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ^(١٦) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا ، تَعَارَضَتَا ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا فِي مِثْلِهَا .

١٩٤١ — مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا مَاتَتِ امْرَأَةٌ وَابْنُهَا ، فَقَالَ زَوْجُهَا : مَاتَتْ قَبْلَ ابْنِهَا ، فَوَرِثْنَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ابْنِي ، فَوَرِثْتُهُ . وَقَالَ أَخُوهَا : مَاتَ ابْنُهَا ، فَوَرِثْتُهُ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَوَرِثْنَاهَا . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَكَانَ مِيرَاثُ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ ، وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ لِأَخِيهَا وَزَوْجِهَا نِصْفَيْنِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ جَمَاعَةٌ يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، وَاخْتَلَفَ الْأَحْيَاءُ مِنْ وَرَثَتِهِمْ فِي أَسْبَقِيهِمْ بِالْمَوْتِ ، كَامْرَأَةٍ وَابْنِهَا مَاتَا ، فَقَالَ الزَّوْجُ : مَاتَتِ الْمَرْأَةُ أَوَّلًا ، فَصَارَ مِيرَاثُهَا كُلُّهُ

(١٤) فِي م : « وَأَسْلَمَ الْآخَرُ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(١٦) فِي م : « كَانَ » .

لى ولائى ، ثم مات ابني فصار ميراثه لى . وقال أخوها : مات ابنتها أولاً ، فورثت ثلث ماله ، ثم مائت ، فكان ميراثها بيني وبينك نصفين . حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأخياء من ورثته ، ذون من مات معه ؛ لأن سبب استحقاق / الحى من موروثة موجود ، وإنما يمتنع لبقاء^(١) موروثة الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، فيكون ميراث الابن لآبيه ، لا مشارك له فيه ، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين . وهذا مذهب الشافعي . فإن قيل : فقد أعطيتم الزوج النصف^(٢) ، وهو لا يدعى إلا الربع . قلنا : بل هو مدعى له كله ؛ ربعة بميراثه منها ، وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه . قال أبو بكر : وقد ثبتت البتة بيقين ، فلا يقطع ميراث الأب منه إلا بينة تقوم للأخ . وهذا تعليل لقول الخرقي في هذه المسألة . وذكر قولاً آخر ، أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين . قال : وهذا اختياري أن كل رجلين ادعى مالا يُمكِن صدقهما فيه ، فهو بينهما نصفين . وهذا لا يُدري ما أراد به ؛ إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين ، فهو قول الخرقي ، وليس بقول آخر ، وإن أراد أن مالها ومال^(٣) الابن بينهما نصفين ، لم يصح ؛ لأنه يُفَضَى إلى إعطاء الأخ مالا يدعيه ، ولا يستحقه يقيناً ؛ لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ، ولا يُمكن أن يستحق أكثر منه ، وإن أراد أن ثلث مال الابن يُضم إلى مال المرأة ، فيقتسمانه نصفين ، لم يصح ؛ لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما ، لا يُنازعه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما في نصفه . ويحتمل أن يكون هذا مراده^(٤) ، كما لو تنازع رجلان داراً في أيديهما ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، فإنها تُقسَم بينهما نصفين ، وتكون اليمين على مدعى النصف ، إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك ، أن الدار في أيديهما ، فكل واحد منهما في يده نصفها ، فمدعى النصف يدعيه وهو^(٥) في يده ، فقبل قوله فيه مع يمينه ، وفي مسألةنا

(١) في ب : « إبقاء » .

(٢) في م : « نصف ميراث المرأة » .

(٣) في ب : « أو مال » .

(٤) في م زيادة : « كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما حفى » .

(٥) في ب ، م : « وهى » .

يَعْتَرِفَانِ أَنَّ هَذَا مِيرَاثٌ عَنِ الْمَيِّتَيْنِ ، فَلَا يَدُ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ؛ لَا غَيْرَافِهِمَا بِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا ،
 وَإِنَّمَا هُوَ مِيرَاثٌ يَدَّعِيَانِهِ مِنْ (٦) غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ أَرَادَ (٧) أَنَّهُ (٨) يُضَمُّ سُدُسُ مَالِ الْإِبْنِ إِلَى
 نَصْفِ مَالِ الْمَرْأَةِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَلَهُ وَجْهٌ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي دَعْوَاهُ ، فَيُقَسَّمُ
 بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً فِي أَيْدِيهِمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْيَمِينُ فِيمَا حَكِمَ لَهُ بِهِ . وَالَّذِي
 يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا فِي الْعَرَقِيِّ وَالْهَدَمِيِّ ، أَنَّ يَكُونَ سُدُسُ مِيرَاثِ الْإِبْنِ لِلْأَخِ ، وَبَاقِي
 الْمِيرَاثَيْنِ لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّنَا نَقْدُرُ أَنَّ الْمَرْأَةَ مَاتَتْ أَوَّلًا ، فَيَكُونُ مِيرَاثُهَا (٩) لَا بَيْنَهَا وَزَوْجِهَا ، ثُمَّ
 مَاتَ الْإِبْنُ ، فَوَرِثَ الزَّوْجُ كُلَّ مَا فِي يَدِهِ ، فَصَارَ مِيرَاثُهَا (٩) كُلُّهُ لَزَوْجِهَا ، ثُمَّ نَقْدُرُ أَنَّ
 الْإِبْنَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ ؛ لِأُمِّهِ الثَّلَاثُ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَصَارَ الثَّلَاثُ بَيْنَ أَخِيهَا وَزَوْجِهَا
 نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فَلَمْ يَرِثِ الْأَخُ إِلَّا سُدُسَ مَالِ الْإِبْنِ ، كَمَا ذَكَرْنَا .
 وَلَعَلَّ هَذَا (١٠) الْقَوْلُ يَخْتَصُّ بِمَنْ جُهِلَ مَوْتُهُمَا ، وَاتَّفَقَ وَرَاثُهُمَا (١١) عَلَى الْجَهْلِ بِهِ .
 وَالْقَوْلَانِ الْمُتَقَدِّمَانِ ؛ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، فِيمَا إِذَا ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ مَيِّتٍ أَنَّهُ
 مَاتَ أَخِيرًا ، وَأَنَّ الْآخَرَ مَاتَ قَبْلَهُ ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بِمَا ادَّعَاهُ ، حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ
 أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ تَسْقُطَانِ ، (١٢) أَوْ يُقَرَّعُ (١٣) بَيْنَهُمَا ، أَوْ يَقْتَسِمَانِ مَا اخْتَلَفَا
 فِيهِ ؟ يُخْرَجُ عَلَى الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : ولو كان في يد رجل دار ، فادَّعيت امرأته أَنَّهُ أَصْدَقَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ أَنَّهَا اشْتَرَتْهَا
 مِنْهُ ، فَأُنْكَرَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ خَفِيفَتِ عَلَى بَيِّنَةِ الزَّوْجِ . وَإِنْ
 مَاتَ الرَّجُلُ ، وَخَلَّفَ ابْنًا ، فَادَّعَى الْإِبْنُ أَنَّهُ خَلَّفَ الدَّارَ مِيرَاثًا ، وَادَّعَيْتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ

(٦) في م : « عن » .

(٧) في ب ، م : « أراد » .

(٨) في ب ، م : « أن » .

(٩-٩) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) في ١ : « وراثتهما » .

(١٢-١٢) في م : « أو تستعملان فيقرع » .

أَصْدَقَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ بَاعَهَا إِيَّاهَا ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، قُدِّمَتِ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ ؛ لِذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْإِبْنِ مَعَ يَمِينِهِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ أَكْرَى ^(١٣) بَيِّنًا ^(١٤) فِي دَارِهِ ^(١٥) لِرَجُلٍ / شَهْرًا بَعَشْرَةَ ، فَادَّعَى الرَّجُلُ أَنَّهُ أَكْثَرَى الدَّارَ كُلَّهَا بَعَشْرَةَ ، ذَلِكَ الشَّهْرُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْعَقْدِ ، ^(١٥) إِلَّا أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا ^(١٦) فِي قَدْرِ الْمُكْتَرَى ، فَيَتَحَالَفَانِ ، وَقَدْ مَضَى حُكْمُ التَّحَالِفِ فِي الْبَيْعِ ^(١٦) . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهُ عَبْدَهُ هَذَا بَعَشْرَةَ ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي : بَلْ هُوَ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ بَعَشْرَةَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ . وَلَمْ يَجْعَلْ بَيْنَهُمَا تَحَالُفًا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَدَّعِي بَيْعًا فِي الْعَبْدِ الرَّائِدِ ، يُنْكِرُهُ الْبَائِعُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرَى ^(١٧) مَعَ يَمِينِهِ إِذَا عِدِمَتِ الْبَيِّنَةُ . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَدْعَوَاهُ بَيِّنَةً ، حُكِمَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٨) بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، سِوَاءَ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُؤَرَّخَةٌ وَالْأُخْرَى مُطْلَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى الْبَيْتِ مُفْرَدًا ، وَعَلَى الدَّارِ كُلِّهَا ، فِي زَمَنِ وَاحِدٍ ، مُحَالٌ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطَانِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَإِنْ قُلْنَا : يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا . قَدْ مَنَّا قَوْلَ مَنْ تَقَعَّ لَهُ الْقِرْعَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا أَوْجَبْتُمُ الْآخَرَيْنِ مَعًا عَلَى الْمُكْتَرَى ، كَمَا قُلْتُمْ فِيمَا إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ بِالْأَلْفِ ، وَقَامَتِ ^(١٩) الْبَيِّنَةُ الْآخَرَى ^(١٩) أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ بِمِائَةٍ : يَجِبُ الْمَهْرَانِ ؟ قُلْنَا : ثُمَّ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرَانِ مُسْتَقَرَّيْنِ ، بَأَنَّ يَتَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، وَيَدْخُلَ بِهَا ، ثُمَّ يُخَالِعَهَا ، ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ . وَأَمَّا الْأَجْرَةُ ،

(١٣) فِي م : « أَكْرَى » .

(١٤-١٥) فِي م : « مِنْ دَارِ » .

(١٥-١٥) سَقَطَ مِنْ م : .

(١٦) تَقَدَّمَ فِي ١٤١/٨ ، ١٤٢ .

(١٧) فِي ب : « الْمَكْتَرَى » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ م : .

(١٩-١٩) فِي ١ ، ب ، م : « بَيْنَهُ آخَرَى » .

فلا تَسْتَقِرُّ إِلَّا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَإِذَا عَقَدَ عَقْدًا قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ ، لم يَجُزْ أَنْ تَجِبَ الْأَجْرَتَانِ .

١٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ صَبِيٍّ أَلْفًا ، وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنَ الصَّبِيِّ أَلْفًا ، كَانَ عَلَى وَلِيِّ الصَّبِيِّ أَنْ يُطَالِبَ أَحَدَهُمَا بِالْأَلْفِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ كُلُّ بَيِّنَةٍ لَمْ تَشْهَدْ بِالْأَلْفِ الَّتِي ^(١) شَهِدَتْ بِهَا ^(٢) الْآخَرَى ، فَيَأْخُذَ الْوَلِيُّ الْأَلْفَيْنِ)

١٥٥/١١ ظ

أَمَّا إِذَا كَانَتْ كُلُّ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ بِالْأَلْفِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ يُطَالِبُ بِالْأَلْفَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ثَبَتَ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَلْفَيْنِ ، فَيَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ ^(٣) ، وَعَلَى الْوَلِيِّ الْمُطَالَبَةُ ^(٤) بِهَا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْأَلْفِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ أَلْفًا مُعَيَّنًا ، فَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّ هَذَا الرَّجُلَ هُوَ الْآخِذُ لَهَا ^(٥) ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَلْفٌ وَاحِدٌ ^(٦) ، وَلِلْوَلِيِّ مُطَالَبَةُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَذَ أَلْفًا ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَرُدَّهُ ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ رَدَّهُ إِلَى الصَّبِيِّ ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ بِرَدِّهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ قَبْضٌ صَحِيحٌ . فَإِنْ غَرِمَهُ الَّذِي لَمْ يَرُدَّهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ غَرِمَهُ الرَّادُّ لَهُ ، رَجَعَ عَلَى الَّذِي لَمْ يَرُدَّهُ . فَإِنْ غَرِمَهُ أَحَدُهُمَا ، فَادَّعَى أَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَى صَاحِبِهِ ، لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْآخَرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ عَلَيْهِ .

١٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ حَرَبِيَّيْنِ جَاءَا ^(١) مِنْ أَرْضِ الْحَرْبِ ، فَذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَخُو صَاحِبِهِ ، جَعَلْنَاهُمَا أُخَوَيْنِ . وَإِنْ كَانَا سَبِيًّا ، فَادَّعَا ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أُعْتِقَا ^(٢) ، فَمِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُعْتِقِهِ ، إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، إِلَّا أَنْ

(١) في م : « الذي » .

(٢) في م : « به » .

(٣) في م : « أدأوها » .

(٤) في ا ، م : « أن يطالب » .

(٥) في الأصل : « لهما » . وفي ب : « بها » .

(٦) في ب : « واحدة » .

(١) في ا ، م : « جاءا » .

(٢) في ا : « عتقا » .

تَقُومُ بِمَا ادَّعَاهُ^(٣) بَيْنَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَيُثَبِّتَ النَّسَبَ ، وَيُورَثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَخِيهِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ أَهْلَ الْحَرْبِ إِذَا دَخَلُوا إِلَيْنَا مُسْلِمِينَ ، أَوْ غَيْرَ مُسْلِمِينَ ، فَأَقْرَبَ بَعْضُهُمْ بِنَسَبٍ بَعْضٍ ، ثَبَتَ نَسَبُهُمْ ، كَمَا يَثْبُتُ نَسَبُ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الذِّمَّةِ بِإِقْرَارِهِمْ ، وَلِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِيهِ ، فَقُبِلَ ، كَإِقْرَارِهِمْ بِالْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ كَانُوا سَبِيًّا ، فَأَقْرَبَ بَعْضُهُمْ بِنَسَبٍ بَعْضٍ ، وَقَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، ثَبَتَ أَيْضًا ، سَوَاءً كَانَ الشَّاهِدُ أَسِيرًا عِنْدَهُمْ ، أَوْ غَيْرَ أَسِيرٍ . وَيُسَمَّى الْوَاحِدُ مِنْ هَؤُلَاءِ حَمِيلًا ، أَيْ مَحْمُولًا ، كَمَا يُقَالُ / لِلْمَقْتُولِ قَتِيلٌ ، وَلِلْمَجْرُوحِ جَرِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ حُمِلَ مِنْ دَارِ الْكُفْرِ . وَقِيلَ : سُمِّيَ حَمِيلًا ؛ لِأَنَّهُ حَمَلَ نَسَبَهُ عَلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ شَهِدَ بِنَسَبِهِ الْكُفَّارُ ، لَمْ تُقْبَلْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ شَهَادَتَهُمْ فِي ذَلِكَ تُقْبَلُ ؛ لِتَعَدُّرِ شَهَادَةِ الْمُسْلِمِينَ بِهِ فِي الْغَالِبِ ، فَاشْتَبَهَ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي السَّفَرِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ غَيْرُهُمْ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّنَا إِذَا لَمْ نَقْبَلْ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ ، فَشَهَادَةُ الْكَافِرِ أَوْلَى ، وَإِنَّمَا لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُمْ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الضَّرَرِ عَلَى الْمُعْتَقِ^(٤) ، بِتَقْوِيَةِ إِزْرِهِ بِالْوَلَاءِ ، عَلَى تَقْدِيرِ الْعَتِقِ . وَإِنْ صَدَّقَهُمَا مُعْتَقُهُمَا ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، لَمْ يَرِثْ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ ، وَمِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُعْتَقِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فِيمَا إِذَا أَقْرَبَ بِنَسَبِ أَبِي ، أَوْ أَخٍ ، أَوْ جَدٍّ ، أَوْ ابْنِ عَمٍّ . وَإِنْ أَقْرَبَ بِنَسَبِ وَلَدٍ^(٥) ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، لَا يُقْبَلُ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ أَنْ يَسْتَوْلِدَ ، فَمَلَّكَ الْإِقْرَارَ بِهِ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ أُمِكَ أَنْ يَسْتَوْلِدَ بَعْدَ عَتَقِهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِسْتِيلَاَ بَعْدَ عَتَقِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ^(٦) قَبْلَ عَتَقِهِ^(٧) . وَيُرَوَّى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ،

(٣) فِي الْأَصْلِ : « ادْعَاهُ » .

(٤) فِي م : « السَّيِّد » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ١ ، م .

(٦) فِي م : « يَمْلِكُ » .

(٧) فِي م زِيَادَةٌ : « أَوْ يَسْتَوْلِدُ قَبْلَ عَتَقِهِ » .

وَمُسْرُوقٍ ، وَالْحَسَنَ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ إِقْرَارَهُ يُقْبَلُ فِيمَا يُقْبَلُ فِيهِ ^(٨) الْأَحْرَارُ الْأَصْلِيُّونَ ^(٩) . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ أَقْرَبُ بَنَسَبٍ وَارِثٌ مَجْهُولُ النَّسَبِ ، يُمَكِّنُ صِدْقَهُ فِيهِ ، وَيُؤَافِقُ ^(١٠) الْمُقَرَّلَ فِيهِ ، فَقُبِلَ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ مَنْ لَهُ أَخٌ بَنَسَبِ ابْنٍ ، وَبِهَذَا الْأَصْلِ يَنْطَلُ مَا ذَكَرْتُمُوهُ ^(١١) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى شُرَيْحٍ ، أَنَّ لَا تُورَثُ حَمِيلًا ، حَتَّى تَقُومَ بِهِ بَيِّنَةٌ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١٢) . وَقَالَ أَيْضًا ^(١٣) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ، عَنْ ابْنِ جُدْعَانَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : كَتَبَ عَمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ : أَنَّ لَا تُورَثُ حَمِيلًا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَلِأَنَّ إِقْرَارَهُ يَتَضَمَّنُ إِسْقَاطَ حَقِّ ^(١٤) مُعْتِقِهِ / مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ أَنَّهُ مُوَلَّى لِغَيْرِهِ ، ^(١٥) أَوْ أَنَّ ^(١٦) غَيْرَهُ شَرِيكُهُ فِي وَلَائِهِ ، وَفَارَقَ الْإِقْرَارَ مِنَ الْحُرِّ الَّذِي لَهُ أَخٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ نَتِيجَةُ الْمِلْكِ ، فَجَرَى مَجْرَاهُ ، وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ ثَبَتَ عَنْ عَوْضٍ ، وَالْأُخُوَّةَ بِخِلَافِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَى ثَمَنِهِ . صَحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ ^(١٧) الْوَلَاءُ ؟ وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يَعُوضُ ، كَانَ أَقْوَى مِنَ النَّسَبِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا النَّسَبَ فِي الْمِيرَاثِ لِقُرْبِهِ ، لَا لِقُوَّتِهِ ، كَمَا تَقَدَّمُ ذَوَى الْفُرُوضِ عَلَى الْعَصَبَةِ مَعَ قُرْبِهِمْ ^(١٨) .

فصل : فَإِنَّ ^(١٩) كَانَا مُخْتَلَفِي الدِّينِ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِإِقْرَارِهِ ^(٢٠) ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَارَثَا ؛

(٨) في م : « من الأحرار » .

(٩) في م : « الأصليين » .

(١٠) في م : « ووافقه » .

(١١) في م : « ذكره » .

(١٢) في : باب لا يورث الحميل إلا ببينة ، من كتاب الفرائض . السنن ١/٨٩ ، ٩٠ .

كما أخرجه وكيع ، عن شريح ، في : أخبار القضاة ٢/١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ .

(١٣) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٤-١٥) في م : « فإن » .

(١٥) في أ ، ب ، م : « إلا » .

(١٦) في الأصل : « قوتهم » .

(١٧) في م : « فإذا » .

(١٨) في م : « بإقرارهما » .

لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فبرث ، ولذلك لو أقرَّ بالنسب في حال رفقهما ، لم يثبت ؛ لا حتمال التوارث بالعنق . وإن ولد لكل واحد منهما ^(١٩) ابن من حرّة ، فأقرَّ كل واحد منهما ^(٢٠) للآخر أنه ابن عمّه ، احتمل أن يقبل إقراره ؛ لأنه لا ولاء عليه ، فيقبل إقراره ؛ لوجود المقتضى لقبوله ^(٢١) ، واكتفاء المعارض . واحتمل أن ^(٢٢) لا يقبل ؛ لأنه يرثه المسلمون ، ولأنه إذا لم يقبل إقرار الأصول ، فالفروع أولى . فإن قلنا : يقبل إقرارهما . فأقرَّ أحدهما لأبي الآخر أنه عمّه ، لم يثبت الإقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه ؛ لأنه لو ثبت لورث عمّه دون مولاة المعتق له . وهل يثبت بالنسبة إلى العمّ ، فبرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت ؛ لا يقال ^(٢٣) الولاء عن ابن الأخ ، فلا تفضي صحة الإقرار إلى إسقاط الولاء . والأولى أنه لا يثبت ؛ لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين ، فلم يثبت في الآخر .

١٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وإذا كان الزوجان في البيت ، فأقرّقا ، أو مائا ، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له ، أو ورثه ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، وما كان يصلح أن يكون لهما ^(١) ، فهو ^(٢) بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت ، أو في بعضه ، فقال كل واحد منهما : / جميعه لي . أو قال كل واحد منهما : هذه العين لي . وكانت لأحدهما بيّنة ، ^{١٥٧/١١} ثبت له ، بلا خلاف ، وإن لم يكن لواحد منهما بيّنة ، فالمنصوص عن أحمد ، أن ما يصلح للرجال ؛ من العمائم ، وقمصانهم ، وجبايهم ، والأقيّة ، والطّيالسة ، والسّلاج ، وأشباه ذلك ، القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء ؛ كحليهنّ ، وقمصهنّ ، ومقانيهنّ ، ومغازلهنّ ، فالقول قول المرأة مع يمينها . وما يصلح لهما ؛

(١٩-١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) في الأصل : « بقوله » .

(٢١) في الأصل : « أنه » .

(٢٢) في ١ ، ب ، م : « لاكتفاء » .

(١) في ١ ، ب : « بينهما » .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

كالملفارش، والأواني، فهو بينهما، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة، أو من طريق الحكم، وسواء اختلفا في حال الزوجية، أو بعد البينونة، وسواء اختلفا، أو اختلف ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر. قال أحمد، في رواية الجماعة؛ منهم يعقوب ابن بختان، في الرجل يطلق زوجته، أو يموت، فتدعى المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال، فهو للرجال، وما كان من متاع النساء، فهو للنساء، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء، فهو بينهما. وإن كان المتاع على يدى غيرهما، فمن أقام البينة، دفع إليه، وإن لم تكن لهما^(٣) بينة، أقرع بينهما، فمن كانت له القرعة، حلف وأعطى المتاع. وقال، في رواية مهنّا: وكذلك إن اختلفا، وأحدهما مملوك. وبهذا قال الثوري، وابن أبي ليلى. وقال القاضي: هذا إنما هو فيما^(٤) كانت أيديهما عليه من طريق الحكم، أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة، فهو له مع يمينه. وإن كان في أيديهما، قسم بينهما نصفين، سواء كان يصلح لهما، أو لأحدهما. وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن، إلا أنهما قالا: ما يصلح لهما، ويدهما عليه من طريق الحكم، فالقول فيه^(٥) قول الرجل مع يمينه. وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر، فالقول قول النافي^(٦) منهما؛ لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية، بدليل أنه لو تنازع الحياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص، كانت للحياط. وقال أبو يوسف: القول قول المرأة، فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها. وقال مالك: ما صلح^(٧) لكل واحد منهما، فهو له، وما صلح لهما، كان للرجل، سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة، أو من طريق الحكم؛ لأن البينة للرجل، ويده عليه أقوى؛ لأن عليه السكنى. وقال الشافعي، وزفر، والبتّي: كل ما في البينة بينهما نصفين، فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه. وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود، رضى الله

١٥٧/١١ ط

(٣) في م: «ها».

(٤) في م زيادة: «إذا».

(٥) سقط من: ب.

(٦) في الأصل: «الباقي».

(٧) في أ: «يصلح».

عنه ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي ثُبُوتِ يَدِهِمَا عَلَى الْمُدَّعَى ، وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُقَدِّم أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، كَالَّذِي يَصْلُحُ لهما ، أَوْ كَمَا^(٨) لَوْ كَانَ^(٩) فِي يَدِهِمَا مِنْ حَيْثُ الْمُشَاهَدَةِ ، عِنْدَ مَنْ سَلَّمَ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ أُيْدِيَهُمَا جَمِيعًا عَلَى مَتَاعِ الْبَيْتِ ، بِدَلِيلِ مَالُو نَا زَعَمَاهُ فِيهِ أُجْنَبِيٌّ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُمَا ، وَقَدْ يَرْجُحُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ يَدًا وَتَصَرُّفًا ، فَيَجِبُ أَنْ يُقَدِّمَ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً ، أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، أَوْ قَمِيصًا أَحَدُهُمَا لِإِبْسِهِ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِكُمِّهِ ، أَوْ جِدَارًا مُتَّصِلًا بِدَارِيهِمَا ، مَعْقُودًا بَيْنَهُمَا أَحَدُهُمَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْجُ^(٩) . وَلَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ وَالْقَاضِي ، أَنَّهُمَا تَنَازَعَا مَا^(١٠) فِي أُيْدِيَهُمَا ،^(١١) وَلَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ^(١١) ، أَشْبَهَ مَا^(١٢) إِذَا كَانَ فِي الْيَدِ الْحُكْمِيَّةِ . فَأَمَّا مَا كَانَ يَصْلُحُ لهما ، فَإِنَّهُ فِي أُيْدِيَهُمَا ، وَلَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، أَشْبَهَ مَا^(١٣) إِذَا كَانَ فِي أُيْدِيَهُمَا مِنْ جِهَةِ الْمُشَاهَدَةِ ، وَالِدَّلَالَةُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلنَّافِي^(١٣) ، مِنْهُمَا^(١٤) ، أَنَّ وَارِثَ الْمَيِّتِ قَائِمٌ مَقَامَهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ وَكِيلًا . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ حُكْمِيَّةٌ ، بَلْ تَنَازَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فِي عَيْنٍ غَيْرِ قُماشٍ بَيْنَهُمَا ، فَلَا يَرْجُحُ أَحَدُهُمَا بِصِلَاحِيَّةِ ذَلِكَ لَهُ ، بَلْ إِنْ كَانَتْ فِي أُيْدِيَهُمَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، اقْتَرَعَا عَلَيْهَا^(١٥) ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ / فَهِيَ لَهُ ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ حَكَمْنَا بِهَا لَهُ فِي كُلِّ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُمَا^(١٦) يَدٌ حُكْمِيَّةٌ ، فَأَشْبَهَا سَائِرَ الْمُخْتَلِفِينَ .

١٥٨/١١ و

فصل : وَإِذَا كَانَ فِي الدُّكَّانِ نَجَّارٌ وَعَطَّارٌ ، فَاخْتَلَفَا فِيمَا فِيهَا ، حُكْمٌ بِأَلَةِ كُلِّ صِنَاعَةٍ لِمَا فِيهَا ، فَالَةُ الْعَطَّارِينَ لِلْعَطَّارِ ، وَالَةُ النَّجَّارِينَ لِلنَّجَّارِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنَا فِي دُكَّانٍ وَاحِدٍ ،

(٨-٨) سقط من : ١ ، م .

(٩) الأرج : ضرب من الأنبية .

(١٠) في ١ ، م : « فيما » .

(١١-١١) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٣) في الأصل : « للباقي » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في الأصل : « عليه » .

(١٦) في ١ : « فيهما » .

لكن اختلفا في غير ، لم يرجح أحدهما بصلاحيّة العين المختلف فيها له ، كما ذكرنا في الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين .

فصل : وإذا اختلف المكري والمكترى في شيء في الدار ، نظرت ؛ فإن كان مما ينقل ويحول ؛ كالاثاث ، والأواني ، والكتب ، فهو للمكترى ؛ لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وإن كان في شيء مما يتبع في البيع ؛ كالأبواب المنصوبة ، والحواري^(١٧) المدفونة ، والرُفوف المسمرة ، والسلايليم المسمرة^(١٨) ، والمفاتيح ، والرحا المنصوبة ، وحجرها التحتاني ، فهو للمكري ؛ لأنه من توابيع الدار ، فأشبه الشجرة المعروسة فيها . وإن كانت الرُفوف موضوعة على أوتاد ، فقال أحمد : إذا اختلفا في الرُفوف ، فهي لصاحب الدار . فظاهر هذا العموم في الرُفوف كلها . وقال القاضي : ^(١٩) كلام أحمد محمول على المسمرة ، فأما غير المسمرة^(٢٠) فهي ^(٢١) بينهما إذا تحالفا ؛ لأنها لا تتبع في البيع ، فأشبهت القماش . وهذا ظاهر يشهد للمكترى ، وللمكري ظاهر يعارض هذا ، وهو أن المكري يترك^(٢٢) الرُفوف في الدار ، ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجانبين ، استويا . وهذا مذهب الشافعي . فعلى هذا ، إن^(٢٣) تحالفا ، كانت بينهما ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، فهي لمن حلف . وذكر القاضي في موضع آخر ، وأبو الخطاب ، أنه إن كان للرّف شكل منصوب في الدار ، فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفاً ، وكان بينهما ؛ لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار ؛ فالمنصوب^(٢٤) تابع للدار ، فهو لصاحبها ، والظاهر أن أحد الرّفين لمن له الآخر ، وكذلك إن اختلفا في مصراع باب

(١٧) الخواي : الجرار العظيمة .

(١٨) سقط من : الأصل ، وفي ١ ، م : « المستمرة » .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢٠) في الأصل ، ١ ، ب : « هي » .

(٢١) في ب : « يكرى » .

(٢٢) في م : « إذا » .

(٢٣) في ١ ، م : « فالشكل » .

مَقْلُوع ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَسْتَعْنِي عَنْ صَاحِبِهِ ، فَكَانَ أَحَدُهُمَا لِمَنْ
لَهُ الْآخَرُ ، كَالْحَجَرِ الْفَوْقَانِيِّ مِنَ الرَّحَى ، وَالْمِفْتَاحِ مَعَ السَّكْرَةِ^(٢٤) . وَوَجْهُ ظَاهِرِ كَلَامِ
أَحْمَدَ ، فِي أَنَّ الرُّفُوفَ لِصَاحِبِ الدَّارِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِتَرْكِ الرُّفُوفِ فِي
الدَّارِ ، وَلَمْ تَجْرِ بِثِقَلِ الْمُكْتَرَى لَهَا مَعَهُ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، كَالَّذِي لَهُ شَكْلُ
مَنْصُوبٍ ، وَلَئِنْهَا إِذَا كَانَتْ لَهَا أَوْتَادٌ مَنْصُوبَةٌ ، فَلَا أَوْتَادٌ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، فَكَذَلِكَ مَا
نُصِبَتْ لَهُ ، كَالْحَجَرِ الْفَوْقَانِيِّ^(٢٥) مِنَ الرَّحَى^(٢٦) إِذَا كَانَ السُّفْلَانِيُّ مَنْصُوبًا ، وَمِفْتَاحِ
السَّكْرَةِ الْمُسَمَّرَةِ^(٢٦) .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْخِيَاطُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، فَاخْتَلَفَا فِي الْإِبْرَةِ وَالْمِقْصَصِ ، فَهِيَ لِلْخِيَاطِ ؛
لِأَنَّ تَصْرِفَهُ فِيهِمَا أَكْثَرُ وَأَظْهَرُ ، وَالظَّاهِرُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا عَاخِيَاطًا لِيَخِيطَ^(٢٧) لَهُ ،
فَالْعَادَةُ أَنَّهُ يَحْمِلُ مَعَهُ إِبْرَتَهُ وَمِقْصَصَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْقَمِيصِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ ؛ إِذْ
لَيْسَتْ الْعَادَةُ أَنْ يَحْمِلَ الْقَمِيصَ مَعَهُ يَخِيطُهُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا الْعَادَةُ أَنْ يَخِيطَ قَمِيصَ
صَاحِبِ الدَّارِ فِيهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَ صَاحِبُ الدَّارِ وَالتَّجَارُ فِي الْقُدُومِ ، وَالْمِنْشَارِ ، وَآلَةِ
التَّجَارَةِ ، فَهِيَ لِلتَّجَارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْحَشَبَةِ الْمَنْجُورَةِ ، وَالْأَبْوَابِ ، وَالرُّفُوفِ
الْمَنْشُورَةِ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ التَّجَادُ وَرَبُّ الدَّارِ فِي قَوْسِ النَّدْفِ ، فَهُوَ
لِلتَّجَادِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْفُرْشِ وَالْقُطْنِ وَالصُّوفِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ
رَبُّ الدَّارِ وَالسَّقَا فِي الْقُرْبَةِ ، فَهِيَ لِلْسَّقَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْحَابِيَةِ وَالْجِرَارِ ، فَهِيَ
لِصَاحِبِ الدَّارِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا تَنَازَعَ رَجُلَانِ دَابَّةً ، أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، فَالرَّاكِبُ
أَوَّلَى بِهَا ؛ لِأَنَّ تَصْرِفَهُ فِيهَا أَقْوَى ، وَيَدُهُ أَكْدُ ، وَهُوَ الْمُسْتَوْفَى لِمَنْفَعَتِهَا . وَإِنْ كَانَ
لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا^(٢٨) / حِمْلٌ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْحِمْلِ ؛ ١٥٩/١١ و

(٢٤) سَكْرُ الْبَابِ : أَغْلَقَهُ . وَالسَّكْرَةُ : قِفْلُ الْبَابِ .

(٢٥-٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

(٢٦) فِي ب : « الْمَنْصُوبَةُ » .

(٢٧) فِي الْأَصْلُ ، ب : « يَخِيطُ » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

لذلك^(٢٩) . وإن كان لأحدهما عليها حمل ، والآخر راكب عليها ، فهي للراكب ؛ لأنه أقوى تصرفاً . وإن اختلفا في الحمل ، فادّعاء الراكب وصاحب الدابة ، فهو للراكب ؛ لأن يده على الدابة والحمل معاً ، فأشبهه مالهو اختلف السّاكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج ، فهو لصاحب الدابة ؛ لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . ولو^(٣٠) تنازع اثنان في ثياب على عبدي لأحدهما ، فهي لصاحب العبد ؛ لأن يد العبد عليها . وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس لها ، فهما سواء ؛ لأن نفع الثياب يعود إلى^(٣١) العبد ، لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل ، والذي قبله ، كما ذكرنا .

فصل : وإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما ، فهو لهما ، ويخلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به^(٣٢) . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب النهر ؛ لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : هو لصاحب الأرض ؛ لأنه متصل بأرضه . ولنا ، أنه حاجز بين ملكيهما ، فكانت يدهما عليه ، فيكون لهما ، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما ، أو حائط بين داريهما . وما ذكروه من الترجيحين متقابلان^(٣٣) ، فيستويان . وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما ، فهو بينهما ، كذلك^(٣٤) . وكل موضع قلنا : يُقسم بينهما نصفين . فإنما يخلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له ، دون النصف الآخر ؛ لأن ما لا^(٣٥) يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئاً ، فلا يستخلف عليه ، كالمُدعى لا يخلف على ما يأخذه المدعى عليه .

(٢٩) في ١ : « كذلك » .

(٣٠) في م : « وإن » .

(٣١) في ب : « على » .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٣) في م : « متقابل » .

(٣٤) في م : « لذلك » .

(٣٥) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن تنازعا عِمَامَةً ، طَرَفُهَا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهَا فِي يَدِ الْآخَرِ ، أَوْ قَمِيصًا ، كُمَةً فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيَهُ مَعَ الْآخَرِ ، فَهَمَا سَوَاءٌ فِيهِمَا ^(٣٦) ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُتَسَبِّكِ بِالطَّرْفِ عَلَيْهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بَاقِيهَا عَلَى الْأَرْضِ ، فَنَازَعَهُ فِيهَا غَيْرُهُ ، كَانَتْ لَهُ ، وَإِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا تَسَاوًى فِيهَا . وَلَوْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا أَرْبَعَةُ آيَاتٍ ، وَفِي أَحَدِ أَيْبَاتِهَا سَاكِنٌ ، وَفِي الثَّلَاثَةِ الْبَاقِيَةِ سَاكِنٌ آخَرٌ ، فَاخْتَلَفَا / فِيهَا ، كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا هُوَ سَاكِنٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ ١٥٩/١١ ظ
يَنْفَصِلُ عَنْ صَاحِبِهِ ، وَلَا يُشَارِكُ الْخَارِجُ مِنْهُ السَّاكِنَ فِيهِ فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِ . وَلَوْ تَنَازَعَا السَّاحَةَ الَّتِي يُتَطَرَّقُ مِنْهَا إِلَى الْبُيُوتِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِإِشْتِرَاكِهِمَا فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا ، فَأُشْبِهَتِ الْعِمَامَةُ فِيمَا ذَكَرْنَا .

١٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ حَقٌّ ، فَمَنَعَهُ مِنْهُ ، وَقَدَّرَ لَهُ عَلَى مَالٍ ، لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ مِقْدَارَ حَقِّهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « أَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تُخِنْ مِنْ خَائِكَ » ^(١))

وجملته أنه إذا كان ^(٢) للرجل على غيره ^(٣) حقٌّ ، وهو مُفَرَّطٌ به ، باذِلٌ له ، لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يُعْطِيهِ . بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه ، لزمه رده إليه ، وإن كان قدَّرَ حَقَّهُ ؛ ^(٤) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ عَلَيْهِ عَيْنًا مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ ، بغير اختياره ، لغير ضرورة ، وإن كانت من جنس حَقِّهِ ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِلْإِنْسَانِ غَرَضٌ فِي الْعَيْنِ . وَإِنْ ائْتَلَفَهَا ، أَوْ تَلَفَتْ فَصَارَتْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَانَ الثَّابِتُ فِي ذِمَّتِهِ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، تَقَاصًا ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَالْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ كَانَ مَا نَعَا لَهُ لِأَمْرِ يُبْسَحُ الْمَنَعُ ، كَالْتَأْجِيلِ ^(٦) وَالْإِعْسَارِ ^(٧) ، لَمْ يَجُزْ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، بغير خلافٍ . وَإِنْ

(٣٦) في م : « فيها » .

(١) في ب ، م زيادة : « رواه الترمذی » . وفي ب بعده : « وقال : حديث حسن » .

(٢-٣) في م : « على رجل عن غيره » .

(٣-٣) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٤) في م : « كالتأجيل » .

(٥) في الأصل : « والإعسار » .

أَخَذَ شَيْئًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ عَوَضُهُ إِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَلَا يَحْصُلُ التَّقَاصُ هُنَا ؛ لِأَنَّ الدِّينَ الَّذِي لَهُ لَا ^(٦) يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ فِي الْحَالِ ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا . وَإِنْ كَانَ مَانِعًا لَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَقَدَّرَ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ بِالْحَاكِمِ أَوْ السُّلْطَانِ ، لَمْ يَجْزَلْهُ الْأَخْذُ أَيْضًا بِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ بِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالَهُ قَدْرَ عَلَى اسْتِيفَائِهِ مِنْ وَكِيلِهِ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِكُونِهِ جَا حِدَالَهُ ، وَلَا بَيِّنَةً لَهُ ^(٧) بِهِ ، أَوْ لِكُونِهِ لَا يُجِيبُهُ إِلَى الْمُحَاكَمَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ إِجْبَارُهُ عَلَى ذَلِكَ ، أَوْ نَحْوِ هَذَا ، فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَخْذُ قَدْرٍ حَقِّهِ . وَهُوَ إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَقَدْ ^(٨) جَعَلَ أَصْحَابُنَا الْمُحَدِّثُونَ لَجَوَازِ الْأَخْذِ وَجْهًا فِي الْمَذْهَبِ ، ^(٩) « أَخْذًا مِنْ » حَدِيثٍ ^(١٠) هِنْدٍ ، حِينَ ^(١١) قَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ / : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(١٢) . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : وَيَتَخَرَّجُ لَنَا ^(١٣) جَوَازُ الْأَخْذِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَقْدُورُ عَلَيْهِ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَخْذَ بِقَدْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، تَحَرَّى ، وَاجْتَهَدَ فِي تَقْوِيمِهِ ، مَا خُوِذَ مِنْ حَدِيثِ هِنْدٍ ، وَمِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ فِي الْمُرْتَهَنِ : يَرْكَبُ وَيَحْلُبُ ، بِقَدْرِ مَا يُنْفِقُ ، وَالْمَرْأَةُ تَأْخُذُ مُوْنَتَهَا ، وَبَائِعُ السِّلْعَةِ يَأْخُذُهَا مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ رِضَا ^(١٤) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِخْلَاصِ حَقِّهِ بَيِّنَةً ^(١٥) ، فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ حَقِّهِ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وَقَدَّرَ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ . وَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَغَيْرِهِ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، لَمْ يَجْزَلْ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَحَاصَّانِ ^(١٦) فِي مَالِهِ إِذَا افْلَسَ . وَقَالَ

١٦٠/١١

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨) سقط من : ا ، م .

(٩-٩) في م : « أمن » .

(١٠) في ا : « بحديث » .

(١١) في م : « وقد قال » .

(١٢) تقدم تخرجه ، في : ٣٤٨/١١ .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في م : « رضا » .

(١٥) في م : « بعينه » .

(١٦) في ا : « يتحاصمان » .

أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا ، أو ورقا ، أو من جنس حقه ، وإن كان المال عرضا ، لم يجز ؛ لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ، ولا تجوز المعاوضة إلا برضى من المتعاضضين ، قال الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١٧) . واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند ، حين جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . فقال : « نَحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . متفق عليه . وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه ، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل . ولنا ، قول النبي ﷺ : « أَدُّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ اتَّمَنَّاكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » . رواه الترمذي (١٨) ، وقال : حديث حسن . ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه ، فقد خائنه ، فدخل في عموم الخبر ، وقال ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِبِّ نَفْسٍ مِنْهُ » (١٩) . ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه ، كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه ، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه ، فإن التعيين إليه ، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول : أقضيني حقي من هذا الكيس دون هذا . ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين ، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين ، كما لو كان باذلا له . فأما حديث هند ، فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقه واجب عليه في كل وقت . وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت ، والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة ، بخلاف الدين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البيعة ، فكان الحق صار معلوما ، يعلم قيام مقتضيه ، وبينهما فرقان آخران ؛ أحدهما ، أن للمرأة من التبسط في ماله ، بحكم العادة ، ما يؤثر في إباحة أخذ الحق ، وبذل اليد فيه بالمعروف ، بخلاف الأجنبية . الثاني ، أن النفقة تراود لإحياء النفس ، وإبقاء المهجة ، وهذا مما (٢٠) لا يصبر عنه ، ولا

(١٧) سورة النساء ٢٩ .

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ٢٥٦/٩ .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٦٠٦/٦ . ويضاف : وأخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٣/٥ .

(٢٠) في ١ ، م : « ما » .

سَبِيلَ إِلَى تَرْكِهِ ، فَجَازَ أَخْذَ مَا تَنْدَفِعُ بِهِ هَذِهِ ^(٢١) الْحَاجَّةُ ، بِخِلَافِ الدِّينِ ، حَتَّى نَقُولَ :
لَوْ صَارَتِ التَّفَقُّهُ مَاضِيَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا أَخْذُهَا ، وَلَوْ وَجَبَ لَهَا عَلَيْهِ دَيْنٌ آخَرُ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا
أَخْذُهَا . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَخْذَ شَيْئًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَجَبَ مِثْلُهُ
إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، أَوْ قِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ دَيْنِهِ ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ، فِي
قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ ، لَزِمَهُ غُرْمُهُ ، وَمَنْ جَوَّزَ مِنْ أَصْحَابِنَا الْأَخْذَ ،
فَإِنَّهُ قَالَ : إِنْ وَجَدَ ^(٢٢) جِنْسَ حَقِّهِ ، جَازَ لَهُ الْأَخْذُ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، وَلَيْسَ لَهُ
الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ حَقِّهِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى أَخْذِهِ ^(٢٣) مِنْ جِنْسِيهِ ^(٢٣) ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مِنْ غَيْرِ
جِنْسٍ حَقِّهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ تَمْلُكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا يَبِيعُهُ
مِنْ نَفْسِهِ ، وَتَلَحُّقُهُ فِيهِ تُهْمَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا قَالُوا : الرَّهْنُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ، إِذَا
كَانَ مَرْكُوبًا ، أَوْ مَحْلُوبًا ، يُرْكَبُ ، وَيُحْلَبُ ، بِقَدْرِ التَّفَقُّهِ ، وَهِيَ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ .
وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَمِنْهُمْ مَنْ جَوَّزَ لَهُ هَذَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُوَاطِئُ رَجُلًا يَدْعِي
عَلَيْهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ دَيْنًا ، فَيُقَرَّرُ لَهُ بِمِلْكِ الشَّيْءِ الَّذِي أَخْذَهُ ، فَيَمْتَنِعُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّعْوَى مِنْ
قَضَاءِ الدِّينِ ، لِيَبِيعَ الْحَاكِمُ الشَّيْءَ الْمَأْخُوذَ ، وَيَدْفَعَهُ إِلَيْهِ .

فصل : إِذَا ادَّعَى إِنْسَانٌ عَلَى / إِنْسَانٍ حَقًّا ، وَأَقَامَ بِهِ شَاهِدَيْنِ ، فَلَمْ يَعْرِفِ الْحَاكِمُ
عَدَالَتَهُمَا ، فَسَأَلَ حَبْسَ غَرِيمِهِ حَتَّى تُثْبِتَ عَدَالَةُ شُهُودِهِ ، أُجِيبَ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ
مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَهَ ، وَلَأنَّ الَّذِي عَلَى الْغَرِيمِ قَدَأْتَى بِهِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْحَاكِمِ ، وَهُوَ
الْكَشْفُ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ . وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، وَسَأَلَ حَبْسَ غَرِيمِهِ لِيُقِيمَ شَاهِدًا
آخَرَ ، وَكَانَ الْحَقُّ مِمَّا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، لَمْ يُحْبَسِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ مَا
تَمَّتْ ، وَالْحَبْسُ عَذَابٌ ، فَلَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ ^(٢٤) دُونَ تَمَامِ الْبَيِّنَةِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا يَثْبُتُ
بِشَاهِدٍ وَبَيِّنٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُحْبَسُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ ،

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م زيادة : « من » .

(٢٣-٢٣) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٤) سقط من : الأصل .

وإنَّما اليمينُ مُقَوِّيةٌ^(٢٥) له . والثَّانِي ، لا يُحْبَسُ . وهو الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حُبِسَ لَهُ^(٢٦) لِيُقِيمَ شَاهِدًا آخَرَ يَتِمُّ بِهِمَا^(٢٧) الْبَيِّنَةُ ، فَهُوَ كَالْحَقْوِقِ الَّتِي لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، وَإِنْ حُبِسَ لِيُحْلِفَ مَعَهُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحَلْفَ مُمَكِّنٌ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ حَلَفَ ، ثَبَّتَ حَقَّهُ ، وَإِلَّا ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بَازِلًا لِلْيَمِينِ ، وَالتَّوَقُّفُ لِأَجْلِ إِبْتَاتِ عَدَالَةِ الشَّاهِدِ ، حُبِسَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ كَانَ التَّوَقُّفُ عَنِ الْحُكْمِ لِبَغْيٍ^(٢٨) ذَلِكَ ، لَمْ يُحْبَسْ ؛ لِمَا^(٢٩) ذَكَرْنَاهُ . قَالَ الْقَاضِي^(٣٠) : وَكُلُّ مَوْضِعٍ حُبِسَ فِيهِ بِشَاهِدَيْنِ ، اسْتَدِيمَ الْحُبْسَ حَتَّى تَثْبُتَ عَدَالَةُ الشُّهُودِ أَوْ فُسْقُهُمْ ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ حُبِسَ^(٣١) بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ ، فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمَشْهُودِ لَهُ : إِنْ جِئْتَ بِشَاهِدٍ آخَرَ إِلَى ثَلَاثٍ^(٣٢) وَإِلَّا أَطْلَقْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ ، وَلَمْ يُعَدَّلَا ، فَسَأَلَ الْعَبْدُ الْحَاكِمَ أَنْ يَحُولَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَى أَنْ يَبْحَثَ الْحَاكِمُ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ ذَلِكَ ، وَيُؤْجِرُهُ مِنْ ثَقَةٍ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَيَحْبِسُ الْبَاقِيَ ، فَإِنْ عُدَّلَ الشَّاهِدَانِ ، سَلَّمَ إِلَيْهِ الْبَاقِيَ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ فُسِقَا^(٣٣) ، رُدَّ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنَّمَا حُلْنَا بَيْنَهُمَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَلِأَنَّ نَالُو لَمْ نَحُلْ بَيْنَهُمَا ، أَفْضَى إِلَى أَنْ تَكُونَ أَمَةً ، فَيَطَّأُهَا . وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، وَسَأَلَ أَنْ يُحَالَ بَيْنَهُمَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ^{١٦١/١١} شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ بِطَلَاقِهَا ، وَلَمْ تُعَرَفْ عَدَالَةُ الشُّهُودِ ، حِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَإِنْ أَقَامَتْ شَاهِدًا وَاحِدًا ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَمْ تَتِمَّ ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٥) في ١ : « معونة » .

(٢٦) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢٧) في م : « به » .

(٢٨) في م : « بغير » .

(٢٩-٢٨) في ١ : « ذكرنا في التي قبلها » .

(٣٠) في م زيادة : « فيه » .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في م : « فسق » .

كتاب العتق

العتق في اللُّغَةِ : الخُلُوصُ . ومنه عِتَاقُ الْخَيْلِ ، وَعِتَاقُ الطَّيْرِ ، أَى خَالِصَتُهَا ، وَسُمِّيَ الْبَيْتُ الْحَرَامُ عَتِيقًا ؛ لَخُلُوصِهِ مِنْ أَيْدَى الْجَبَايِرَةِ . وهو في الشَّرْعِ : تَحْرِيرُ الرَّقَبَةِ ، وَتَخْلِيصُهَا مِنَ الرِّقِّ . يُقَالُ (١) : عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَأَعْتَقْتُهُ أَنَا ، وَهُوَ عَتِيقٌ ، وَمُعْتَقٌ (٢) . وَالْأَصْلُ فِيهِ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٣) . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَكُلُّ رَقَبَةٍ ﴾ (٤) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً ، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ ، حَتَّى إِنَّهُ لَيُعْتَقُ الْيَدَ بِالْيَدِ ، وَالرَّجْلَ بِالرَّجْلِ ، وَالْفَرْجَ بِالْفَرْجِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥) . فِي أَخْبَارٍ كَثِيرَةٍ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى صِحَّةِ الْعِتْقِ ، وَحَصُولِ الْقُرْبَةِ بِهِ .

فصل : وَالْعِتْقُ مِنْ أَفْضَلِ الْقُرْبِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَهُ كَفَّارَةً لِلْقَتْلِ ، وَالْوَطْءِ فِي رَمَضَانَ ، وَالْأَيْمَانِ ، وَجَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ فَكَأَكَا لِمُعْتِقِهِ مِنَ النَّارِ ، وَلِأَنَّ فِيهِ (٦) تَخْلِيصَ الْآدَمِيِّ مِنَ الْعَصَومِ مِنْ ضَرَرِ الرِّقِّ ، وَمِلْكِ نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، وَتَكْمِيلَ أَحْكَامِ ، وَمَمَكَّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، عَلَى حَسَبِ إِرَادَتِهِ وَاخْتِيَارِهِ . وَإِعْتِاقُ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة المجادلة ٣ .

(٤) سورة البلد ١٣ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحريروا رقية ... ﴾ من كتاب الكفارات . صحيح البخارى

١٨١/٨ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقية ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٥/٧ . والإمام

أحمد ، فى : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ .

(٦-٦) فى ب ، م : « تخلص الآدمى » .

الرَّجُلُ أَفْضَلُ مِنْ إِعْتِقِ الْمَرْأَةِ ؛ لِمَا رَوَى كَعْبُ بْنُ مُرَّةَ الْبَهْرِيُّ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا ، كَانَ فِكَاهُهُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِ عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ ، كَانَتْ فِكَاهَةُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِمَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ أَعْتَقَ امْرَأَةً / مُسْلِمَةً ، كَانَتْ فِكَاهُهَا مِنَ النَّارِ ، تُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهَا » (٧) . وَالْمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَنْ لَهُ دَيْنٌ وَكَسْبُ يَنْتَفِعُ بِالْعِتْقِ ، فَأَمَّا مَنْ يَنْتَضِرُّ بِالْعِتْقِ ، كَمَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ، تَسْقُطُ نَفَقَتُهُ عَنْ سَيِّدِهِ بِإِعْتِقَاقِهِ (٨) ، فَيُضَيِّعُ ، أَوْ يَصِيرُ كَلًّا عَلَى النَّاسِ ، وَيُحْتَاجُ إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ . وَإِنْ كَانَ مَنْ يَخَافُ عَلَيْهِ الْمَضْيُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَالرُّجُوعُ عَنْ دِينِ (٩) الْإِسْلَامِ ، أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ ، كَعَبْدٍ يَخَافُ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ وَاحْتَاجَ سَرَقَ ، وَفَسَقَ ، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ ، أَوْ جَارِيَةً يَخَافُ مِنْهَا الزُّنَى وَالْفَسَادَ ، كَرِهَ إِعْتِقَاقَهُ . وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ إِفْضَاؤُهُ إِلَى هَذَا ، كَانَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ التَّوَسُّلَ إِلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتِقَاقُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كإِعْتِقَاقِ غَيْرِهِ .

فصل : وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِالْقَوْلِ ، وَالْمِلْكِ ، وَالِاسْتِيلَادِ (١٠) . وَنَذَكُرُ ذَلِكَ فِي مَوَاضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ ؛ (١١) لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ (١٢) ، كَسَائِرِ الْإِزَالَةِ . وَالْفَاعِلُ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ؛ فَالصَّرِيحُ لَفْظُ الْحُرِّيَّةِ ، وَالْعِتْقُ ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا ، نَحْوُ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ . لِأَنَّ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وَرَدَا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ فِي الْعِتْقِ عَرَفًا ، فَكَانَا صَرِيحَيْنِ فِيهِ ، فَهِيَ أُنْثَى بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ ، حَصَلَ بِهِ الْعِتْقُ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا ، عَتَقَ أَيْضًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ لَقِيَ امْرَأَةً فِي الطَّرِيقِ ، فَقَالَ : تَنْحَى يَا حُرَّةُ . فَإِذَا

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَى الرِّقَابِ أَفْضَلُ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢/٣٥٤ ، ٣٥٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعِتْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢/٨٤٣ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/٢٣٥ ، ٢٣٦ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي ١ : دَارٌ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : دَارُ الْإِسْلَامِ .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقَلَ نَظْرًا .

هي جاريته، قال: قد عتقت عليه. وقال في رجل قال لخدمٍ قيامٌ في وليمَةٍ: مُروا، أنتم أحرارٌ. وكانت معهم أمٌ ولَدِله، لم يعلم بها، قال: هذا عندي تعتق أمٌ ولَدِيه. ويَحْتَمِلُ أن لا تعتق في هَذَيْنِ المَوْضِعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ بِاللَّفْظَةِ الْأُولَى غَيْرَ الْعِتْقِ، فلم تَعْتَقْ بها، كما لو قال: عبدى حُرٌّ. يُرِيدُ أَنَّهُ عَفِيفٌ كَرِيمُ الْأَخْلَاقِ، وبِاللَّفْظَةِ الثَّانِيَةِ أَرَادَ غَيْرَ أُمٍّ وَلَدِيه، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَادَى امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ، فَأَجَابَتْهُ غَيْرُهَا، فقال: أَنْتِ طَالِقٌ. يحسبها التي ناداها، فَإِنَّهَا لَا تَطْلُقُ، على رِوَايَةٍ، فكذا ههنا. / فَأَمَّا إِنْ قَصَدَ غَيْرَ الْعِتْقِ، كالرَّجُلِ يقول: عبدى هذا حُرٌّ. يُرِيدُ عِفَّةً، وكرمَ أخلاقه. أو يقول لعبيده: ما أنت إلا حُرٌّ. أَى: إِنَّكَ لَا تُطِيعُنِي، وَلَا تَرَى لِي عَلَيْكَ حَقًّا وَلَا طَاعَةً، فَلَا يَعْتَقُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ. قال حَنْبَلٌ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِغُلَامِهِ: أَنْتَ حُرٌّ. وَهُوَ يُعَاتِبُهُ؟ فَقَالَ: إِذَا كَانَ لَا يُرِيدُ بِهِ الْعِتْقَ، يَقُولُ: كَأَنَّكَ حُرٌّ، وَلَا يُرِيدُ أَنْ يَكُونَ حُرًّا، أَوْ كَلَامًا نَحْوُ (١٢)، هَذَا، رَجَوْتُ أَنْ لَا يَعْتَقَ، وَأَنَا أَهَابُ الْمَسْأَلَةَ؛ لِأَنَّهُ نَوَى بِكَلَامِهِ مَا يَحْتَمِلُهُ، فَانصَرَفَ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ نَوَى بِكُنَايَةِ الْعِتْقِ الْعِتْقَ (١٣). وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ، وَابْنُ الْمُثَنِّرِ. قال: وَإِنْ طُلِبَ اسْتِحْلَافُهُ، حَلَفَ. وَبَيَانُ احْتِمَالِ اللَّفْظِ لَمَّا أَرَادَهُ، أَنَّ الْمَرْأَةَ الْحُرَّةَ تُمَدَّحُ بِهَذَا، فَيُقَالُ: امْرَأَةٌ حُرَّةٌ. يَعْنُونَ عَفِيفَةً، وَتُمَدَّحُ الْمَمْلُوكَةُ بِهِ أَيْضًا، وَيُقَالُ لِلْحَيِّ الْكَرِيمِ الْأَخْلَاقِ: حُرٌّ. قَالَتْ سَبِيعَةُ تَرْتِي (١٤) عَبْدَ الْمُطَّلِبِ:

وَلَا تَسْأَمَا أَنْ تَبْكِيَا كُلَّ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ عَلَى حُرِّ كَرِيمِ الشَّمَائِلِ
وَأَمَّا الْكُنَايَةُ، فَنَحْوُ قَوْلِهِ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ، وَأَنْتِ سَائِبَةٌ، وَادْهَبْ حَيْثُ شِئْتَ، وَقَدْ خَلَيْتُكَ. فَهَذَا إِنْ نَوَى بِهِ الْعِتْقَ، عَتَقَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ بِهِ لَمْ يَعْتَقَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ. وَلَمْ يَرِدْ بِهِ كِتَابٌ، وَلَا سُنَّةٌ، وَلَا عُرْفٌ اسْتِعْمَالٍ. وَذَكَرَ الْقَاضِي، وَأَبُو الْخَطَّابِ، فِي قَوْلِهِ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ. رَوَاتَيْنِ؛ إِحْدَاهُمَا، أَنَّهُ صَرِيحٌ. وَالثَّانِيَةُ، أَنَّهُ (١٥) كُنَايَةٌ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ. فَأَمَّا إِنْ

(١٢) في ١، ب: «شبه».

(١٣) سقط من: ب.

(١٤) لعلها سبعة بنت عبد شمس بن عبد مناف: انظر ترجمتها في: أعلام النساء، لكحالة ٢/ ١٤٨. وبعض خبرها

في: الأغاني ٢٢/ ٦٨، ٦٩، ٧٣.

(١٥) في الأصل، ١: «أنها».

قال: لا رِقَّ لى عليك، ولا مِلْك لى عليك، وأنتَ لله. فقال القاضى: هو صريح. نصَّ عليه أحمد. وذكر أبو الخطَّاب فيه روايتين. ولا خلاف في المذهب أنه يعتق به إذا نوى، وممن قال: يعتق بقوله: أنتَ لله. إذا نوى؛ الشَّعْبِيُّ، والمُسَيَّبُ بْنُ رَافِعٍ، وحمَّاد، والشَّافِعِيُّ. وقال أبو حنيفة: لا يعتق به؛ لأنَّ مقتضاه، أنتَ عَبْدُ اللَّهِ^(١٦)، أو مخلوق لله وحده^(١٧). وهذا لا يقتضى العتق. ولنا، أنه يحتمل: أنتَ^(١٨) حرُّ لله، أو عتق/لله، أو عَبْدُ اللَّهِ وحده، لست بعبد لى، ولا لأحد سِوَى اللَّهِ. فإذا نوى الحرِّية به، وقعت، كسائر الكِنَايَاتِ. وما ذكره لا يصح؛ لأنَّ احتمالَه لما ذكره لا يمنع احتمالَه لما ذكرناه، بدليل سائر الكِنَايَاتِ، فإنَّها تحتمل العتق وغيره، ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه، وما احتمل^(١٩) أمرين، انصرف إلى أحدهما بالثبوت، وهذا شأن الكِنَايَاتِ. وما ذكره^(٢٠) من الاحتمال^(٢١) يدلُّ على أنَّ هذا ليس بصريح، وإنَّما هو كناية. وقوله: لا مِلْك لى عليك، ولا رِقَّ لى عليك. خبر عن انتفاء ملكه ورقه، لم يرْذبه شرع، ولا عُرف استعمال في العتق، فلم يكن صريحاً فيه، كقوله: ما أنتَ عبدي، ولا أَمْلوكى. وقوله: لامرأته: ما أنتَ امرأتى، ولا زوجتى.

فصل: وإن قال لأُمِّيَّة: أنت طالق. ينوى العتق به، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا تعتق به. وهو قول أبى حنيفة؛ لأنَّ الطَّلَاقَ لفظٌ وضع لإزالة المِلْك عن المنفعة، فلم يُزل به المِلْك عن الرِّقَّة^(٢٢)، كفسخ الإجارة، ولأنَّ مِلْك الرِّقَّة لا يُستدرك بالرجعة، فلا ينحلُّ بالطَّلَاق، كسائر الأُمْلَاق. والرواية الثانية، هو كناية تعتق به الأمة إذا نوى العتق^(٢٣). وهو قول مالك، والشَّافِعِيُّ؛ لأنَّ الرِّقَّ أحد المِلَكَيْنِ على الآدمي، فيزول

(١٦) في ب، م: «الله».

(١٧) سقط من: أ، ب، م.

(١٨) في ب، م: «أنه».

(١٩) في م: «يحتمل».

(٢٠) في أ، ب، م: «ذكره».

(٢١) في الأصل: «الاحتمالات».

(٢٢) في م: «الرقعة».

(٢٣) في الأصل، أ: «نواه».

بلفظ الطلاق ، كالأخر ، أو فيكون اللفظ الموضوع لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر ، كالحرية في إزالة النكاح ، ولأن فيه معنى الإطلاق ، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه ، فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، فتحصل به الحرية ، كسائر كينايات العتق .

فصل : فإن قال لأكبر منه ، أو لمن لا يؤلد مثله : هذا ابني . مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة : هذا ابني . لم يعتق ، ولم يثبت نسبه . وقال أبو حنيفة : يعتق . وخرجه أبو الخطاب وجهًا لنا ؛ لأنه اعترف بما ثبت به حرته ، فأشبه ما لو أقر بها . / ولنا ، أنه قول يتحقق كذب فيه ، فلم يثبت به الحرية ، كما لو قال لطفيل : هذا أباي . أو لطفلة : هذه أمي . قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ ، لم يسبقه أحد إليه ، ولا تبعه أحد عليه ، وهو محال من الكلام ، وكذب يقينًا ، ولو جاز هذا ، لجاز أن يقول الرجل لطفيل : هذا أباي . ولأنه لو قال لزوجته ، وهي أسن منه : هذه ابنتي . أو قال لها ، وهو أسن منها : هذه أمي . لم تطلق ، كذا هذا .

فصل : فإن قال لأمتي : أنت حرام علي . ينوي به العتق ، عتقت . وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى ، لا تعتق . كقوله لها : أنت طالق . والصحيح أنها تعتق به ؛ لأنه يحتمل ، أنك^(٢٤) حرام علي ؛ لكونك حرة . فتعتق به ، كقوله : لا سبيل لي عليك .

فصل : ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلمًا ، أو ذميًا ، أو حرًا ، ولا نعلم في هذا خلافًا ، إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه ، في أن عتق الحربي لا يصح ؛ لأنه لا ملك له على التمام ، بدليل إباحة أخذه^(٢٥) منه ، وانتفاء عصمته في نفسه وماله . ولنا ، أنه يصح طلاقه ، فصحه إعتاقه ، كالذمي . ولأنه مالك ، بالغ ، عاقل ، رشيد ، فصحه إعتاقه ، كالذمي . وقولهم : لا ملك له . لا يصح ؛ فإنهم^(٢٦) قد قالوا : إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر ، فلأن يثبت الملك لهم في غير ذلك أولى .

(٢٤) في م : « أنت » .

(٢٥) في م : « أخذ الجزية » .

(٢٦) في ب : « لأنهم » .

فصل : ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبي ، والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم ، وممن حفظنا عنه ذلك ؛ الحسن ، والشعبي ، والزهرى ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفق ، وعن النائم حتى يستيقظ » (٢٧) . ولأنه تبرع بالمال ، فلم يصح منهما / ، كالهبة . ولا يصح عتق السفية ١٦٤/١١ المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى ، أنه يصح عتقه ، قياساً على طلاقه وتذييره . ولنا ، أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه ، فلم يصح عتقه ، كالصبي ، ولأنه تصرف في المال في حياته ، فأشبهه ببعه ، وهبته . ويفارق الطلاق ؛ لأن الحجز عليه في ماله ، والطلاق ليس بتصرف فيه . ويفارق التذير ؛ لأنه تصرف فيه بعد موته ، وغناه عنه بالموت ، ولهذا صححت وصيته ، ولم تصح هبته المنجزة . وعتق السكران مبني على طلاقه ، وفيه من الخلاف ما فيه . ولا يصح عتق المكره ، كما لا يصح طلاقه ، ولا بيعه ، ولا شيء من تصرفاته .

فصل : ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبد (٢٨) ولده الصغير ، أو يتيمة الذي في حجره ، لم يصح . وهذا قال الشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير ؛ لقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » (٢٩) . ولأن له (٣٠) عليه ولاية ، وله فيه حق ، فصَحَّ إعتاقه كإله . ولنا ، أنه عتق من غير مالك ، فلم يصح ، كإعتاق عبد ولده الكبير . قال ابن المنذر : لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده ، دلَّ على أنه لا حق له في سائرته . وقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . لم يُردَّ به حقيقة المِلْك ، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك ، وإمكان الأخذ من مالك ، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبده ولده الكبير ، الذي ورد الخبر فيه ، وثبوت الولاية له على

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ٥٠ / ٢ .

(٢٨) في م : « عبيد » .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩ / ٤ .

(٣٠) في الأصل : « وليس » .

مَالٍ وَلَدِهِ أَبْلَغُ فِي^(٣١) امْتِنَاعِ إِعْتَاقِ عَبِيدِهِ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُثْبِتَ الْوَلَايَةُ عَلَيْهِ لِحِطِّ الصَّبِيِّ ، لِيَحْفَظَ مَالَهُ عَلَيْهِ ، وَيُنَمِّيَهُ لَهُ ، وَيَقُومَ بِمَصَالِحِهِ الَّتِي يَعْجِزُ الصَّبِيُّ عَنِ الْقِيَامِ بِهَا ، وَإِذَا كَانَ مَقْصُودُ الْوَلَايَةِ الْحِفْظُ ، اقْتَضَتْ مَنَعَ التَّضْيِيعِ وَالتَّفْرِيطِ بِإِعْتَاقِ رَقِيقِهِ ، وَالتَّبَرُّعِ بِمَالِهِ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدٍ آخَرَ^(٣٢) : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهُوَ مَمْلُوكُهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَامَّةُ الْفُقَهَاءِ . وَلَوْ بَلَغَ رَجُلًا^(٣٣) أَنْ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَقَالَ : قَدْ رَضِيتُ . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ .

١٩٤٦ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقَهُ مَعًا ، أَوْ وَكَّلَ نَفْسَانِ الثَّالِثَ أَنْ يُعْتَقَ حُقُوقَهُمَا مَعَ حَقِّهِ ، فَفَعَلَ ، أَوْ أَعْتَقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ، وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ أَثَلَاثًا)

وجملته أَنَّ الْعَبْدَ مَتَى كَانَ لِثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقَهُ مَعًا ؛ إِمَّا بِأَنْفُسِهِمْ ، بِأَنْ يَتَلَفَّظُوا بِعِتْقِهِ مَعًا ، أَوْ يُعْلَقُوا عِتْقَهُ عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَتَوَجَّدَ ، أَوْ يُوَكَّلُوا وَاحِدًا ، فَيُعْتَقَهُ ، أَوْ يُوَكَّلُ نَفْسَانِ مِنْهُمْ الثَّالِثَ ، فَيُعْتَقَهُ ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا ، وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ حُقُوقِهِمْ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(١) . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْ أَعْتَقَ حَقَّهُ ، فَيُثْبِتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ . وَهَذَا لَا نَعْلَمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهُ سَادَتُهُ الثَّلَاثَةُ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، وَهُمْ مُعْسِرُونَ ، أَوْ كَانَ الْمُعْتَقَانِ الْأَوَّلَانِ مُعْسِرَيْنِ ، وَالثَّالِثُ مُوسِرًا ، فَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ ، فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُعْسِرُ نَصِيبَهُ قَوْلَيْنِ شَاذَّيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُعْتَقَ نَصْفُهُ مُنْفَرِدًا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ إِنْسَانٌ نَصْفُهُ حُرٌّ ، وَنَصْفُهُ عَبْدٌ ، كَمَا لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ نَصْفُ الْمَرْأَةِ طَالِقًا ، وَنَصْفُهَا زَوْجَةً ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِعْتَاقِ جَمِيعِهِ ، فَيُبْطَلُ^(٢) كُلُّهُ .

(٣١) فِي ١ ، ب ، م ، : « مِنْ » .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٣٣-٣٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) فِي الْأَصْلُ : « فَيُبْطَلُ » .

والثاني، يعتق كله، وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق، يتبع بها إذا أيسر، كما لو أثلفه. وهذا القولان شاذان، لم يقلهما من يحتج بقوله، ولا يعتمد على مذهبه. ويرد ههما قول النبي ﷺ: «من أعتق شركا له في عبد، فكان معه ما يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العبد، وأعطى شركاؤه/ حصصهم، وعتق جميع العبد، ولا فقد عتق منه ما عتق». متفق عليه^(٣). وإذا ثبت أنه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه، فباقي العبد على الرق، فإذا أعتقه مالكه، عتق بإعتاقه، وكان لكل واحد منهم ولأء ما أعتق؛ لأن الولاء لمن أعتق. ويفارق العتق الطلاق؛ لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها، ولا ورود النكاح على بعضها، ولا تكون إلا لواحد، فتظيره إذا كان العبد لواحد، فأعتق جزءا منه، فإنه يعتق جميعه.

فصل: وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد: إذا دخلت الدار، فتصيبني منك حر. فدخل، عتق عليهم جميعا، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة، أو في دفعات متفرقة؛ لأن العتق في أنصبياتهم يقع دفعة واحدة، وإن اختلفت أوقات تعليقه^(٤).

١٩٤٧ - مسألة؛ قال: (ولو أعتقه أحدهم، وهو موسر، عتق كله، وصار لصاحبه^(١) عليه قيمة ثلثيه)

وجملته أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد، وهو موسر، عتق نصيبه. لانعلم خلافا فيه؛ لما فيه من الأثر، ولأنه جائز التصرف، أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره، فنقد فيه، كما لو أعتق جميع^(٢) العبد المملوك له. وإذا أعتق نصيبه، سرى العتق إلى جميعه، فصار جميعه حرا، وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه، والولاء له. وهذا قول مالك، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري، والشافعي، وأبي يوسف، ومحمد، وإسحاق. وقال البتي: لا يعتق إلا حصة المعتق، ونصيب الباقيين باق على الرق، ولا

(٣) تقدم تخريجه، في: ٣٦٢/٧.

(٤) في الأصل، ب، م: «تعلق».

(١) في ب، م: «لصاحبه».

(٢) سقط من: الأصل، ١.

شئاً على الْمُعْتَقِ ؛ لما رَوَى ابْنُ التَّلْبِ ، عن أبيه ، أَنَّ رجلاً أَعْتَقَ شِقْصَالَهُ فِي مَمْلُوكٍ ، فلم يُضْمَنْهُ النَّبِيُّ ﷺ . ذكره أحمد ، ورواه ^(٣) . ولأنه لو باع نَصِيْبَهُ ، لاختَصَّ البيعُ به ، فكذلك العتق ^(٤) ، إلا أن تكون جارية نَفِيْسَةً ، يُعَالَى فيها ، فيكون ذلك بمنزلة الجنائية من الْمُعْتَقِ ؛ للضرر الذي أَدْخَلَهُ على شريكه . وقال أبو حنيفة : لا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّةُ الْمُعْتَقِ ، ولشريكه الخيارُ / في ثلاثة أشياء ؛ إن شاء ^(٥) أَعْتَقَ ، وإن شاء استسعى العبدُ ، وإن شاء ضَمَّنَ شريكه ، فَيَعْتَقُ حِينَئِذٍ . ولنا ، الحديث الذي رَوَيْنَاهُ ، وهو حديثٌ صحيحٌ ، مُتَّفَقٌ عليه ^(٦) ، ورواه مالكٌ ، في « موطأه » ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عمرَ ، فأثبت النَّبِيُّ ﷺ العتقَ في جميعه ، وأوجبَ قيمةَ نصيبِ شريكِ الْمُعْتَقِ المُوسِرِ عليه ، ولم يجعل له خيرةً ، ولا لغيره . وروى قتادةٌ ، عن أبي المَلِيجِ ، عن أبيه ، أَنَّ رجلاً من قومه أَعْتَقَ شِقْصَالَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فجعلَ خلاصَهُ عليه في ماله ، وقال : « لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيكٌ » ^(٧) . قال أبو عبد الله : الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَنْ أَبِي الْمَلِيجِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، مُرْسَلٌ ، وليس فيه عن أبيه . هذا معنى كلامه . وقولُ البَتِّيِّ شاذٌّ ، يُخَالِفُ الْأَخْبَارَ كُلَّهَا ، فلا يُعَوَّلُ عليه . وحديثُ التَّلْبِ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ على المُعْسِرِ ، جَمْعًا بين الأحاديثِ . وقياسُ العتقِ عَلَى البَيْعِ لا يَصِحُّ ، فَإِنَّ البَيْعَ لَا يَسْرِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ له ، وَالْعَتَقُ يَسْرِي ، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ نَصْفَ عَبْدِهِ ، لم يَسِرْ ، ولو أَعْتَقَ نَصْفَهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ وَلَا يَكُونُ له ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ ^(٨) مِنْ مَالِهِ ^(٩) ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٩) . وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا عِنْدَ مَنْ يَرَى عِتْقَهُ عَلَيْهِ .

(٣) أخرجه أبو داود من طريق الإمام أحمد ، في : باب في من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٠/٢ . ولم نجده في المسند .

(٤) في ب : « المعتق » .

(٥) سقط من : م .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٢/٧ . ويضاف إليه : كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب من أعتق شركا له في مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٧٧٢/٢ .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيبا له من مملوك ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٤/٥ ، ٧٥ .

(٨-٨) سقط من : أ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٠ ، ٣٥٩/٨ .

فصل: وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ كَوْنِ الشُّرَكَاءِ مُسْلِمِينَ أَوْ كَافِرِينَ ، أَوْ بَعْضُهُمْ مُسْلِمًا ، وَبَعْضُهُمْ كَافِرًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي الْكَافِرِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ نَصَبِيَّهُ مِنْ مُسْلِمٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْرِي إِلَى بَاقِيهِ ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ عَبْدًا مُسْلِمًا . وَلَنَا ، عُمُومُ الْحَبَرِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ ثَبَتَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَالْعَرَضُ هُنَا تَكْمِيلُ الْعِتْقِ ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ الشَّرِيكَ دُونَ التَّمْلِيكِ ، بِخِلَافِ الشَّرَاءِ ، وَلَوْ قُدِّرَ أَنَّ هُنَا تَمْلِيكًا ، لَكَانَ تَقْدِيرًا فِي أَذْنَى زَمَانٍ / ، حَصَلَ ضَرُورَةُ تَحْصِيلِ الْعِتْقِ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَإِنَّ قُدْرَ فِيهِ ضَرَرٌ ، فَهُوَ مَعْمُورٌ ١١/١٦٦ و بالتَّسْبِيَةِ إِلَى مَا يَحْصُلُ مِنَ الْعِتْقِ ، فَوُجُودُهُ كَالْعَدَمِ ، وَقِيَاسُ هَذَا عَلَى الشَّرَاءِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لَمَا بَيَّنَّهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٤٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أُعْتِقَاهُ بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِاخِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا فِيهِ عِتْقٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ خُرًّا بِعِتْقِ الْأَوَّلِ لَهُ)

يعنى أَنَّ الْعِتْقَ يَسْرِي إِلَى جَمِيعِهِ بِاللَّفْظِ ، لَا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، فَيُعْتَقُ كُلُّهُ حِينَ لَفْظِهِ ^(١) بِالْعِتْقِ ، وَيَصِيرُ خُرًّا ، وَتَسْتَقَرُّ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ ، فَلَا يُعْتَقُ بَعْدَ ذَلِكَ بِعِتْقٍ غَيْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ لَهُ ، وَاخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، فِي قَوْلِهِ ^(٢) : لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَيَكُونُ قَبْلَ ذَلِكَ مِلْكًا لِصَاحِبِهِ ، يَنْفُذُ عِتْقُهُ فِيهِ ، وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِغَيْرِ الْعِتْقِ . وَهَذَا مُفْتَضَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاحْتَجَّوْا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، فَأُعْطِيَ ^(٣) شُرَكَاءُوهُ حِصَصَهُمْ ، وَعَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ » ^(٤) . وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ : « فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يَقُومُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ عَدْلٍ ، لَا وَكَسَ وَلَا شَطَطَ ، ثُمَّ يُعْتَقُ » . فَجَعَلَهُ عَتِيقًا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ إِذَا ثَبَتَ بِعَوَضٍ وَرَدَ

(١) في ١ ، ب ، م : « لفظ » .

(٢) في ب ، م زيادة : « له » .

(٣) في ١ : « وأعطى » .

(٤) تقدم تخريجه ، في ٧/٣٦٢ .

قول النبي ﷺ : « قوم عليه قيمة العدل » ... ولفظ أبي داود هما جزء من حديث ابن عمر الذي سيذكره المصنف بعض رواياته في الصفحة التالية . وقد تقدم تخريج هذه الألفاظ في الموضوع المشار إليه .

الشرع به مطلقاً ، لم يعتق إلا بالأداء ، كالمكاتب . وللشافعي قول ثالث ، أن العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبين أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وإن لم يدفع القيمة تبين أنه لم يكن عتق ؛ لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً . ولنا ، حديث ابن عمر ، روى بألفاظ مختلفة ، تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ ، فمنها ، لفظ رواه أيوب ، عن نافع ، عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شركاً له في عبد ، فكان له ما^(٥) يبلغ ثمنه بقيمة العدل ، فهو عتيق » . رواه^(٦) البخاري ، وأبو داود ، والنسائي ، وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة ، عن نافع ، عن ابن عمر : « فكان له مال / ، فقد عتق كله » . وفي رواية ابن أبي ذئب ، عن نافع ، عن ابن عمر : « وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه ، فهو يعتق كله » . وروى أبو داود^(٧) ، بإسناده ، عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شقيقاً في^(٨) مملوك ، فهو حر من ماله » . وهذه نصوص في محل النزاع ، فإنه جعله حراً وعتقاً بإعتاقه ، مشروطاً بكونه موسراً . ولأنه عتق بالسراية ، فكانت حاصلة عقيب لفظه ، كما لو أعتق^(٩) جزءاً من عبده^(١٠) ، ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ، ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق . وعند الشافعي ، لا ينفذ بالإعتاق أيضاً ، فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول . فأمّا حديثهم ، فلا حجة لهم فيه ؛ فإن « الواو » لا تقتضي ترتيباً ، وأمّا العطف بـ « ثم » في اللفظ الآخر ، لم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب ، كقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ اللَّهُ شَهِدَ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ ﴾^(١١) . وأمّا العوض ، فإنما وجب

(٥) في ١ : « مال » .

(٦-٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٧) في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل ، من كتاب الشركة ، في : باب إذا عتق نصيباً في عبد وليس له مال ... من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب من أعتق شركاً له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٧/٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٤/٦ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركاً له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٨) في ١ ، ب : « من » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠-١٠) في م : « حرام من عبده » .

(١١) سورة يونس ٤٦ .

عن المُتَلَفِ بِالْإِعْتِقِ ، بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بِقِيَمَتِهِ حِينَ الْإِعْتِقِ ، وَعَدَمِ اعْتِبَارِ التَّرَاضِي فِيهِ ، وَوُجُوبِ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ وَكُسْرٍ وَلَا شَطَطٍ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّرِيكَينِ إِذَا أَعْتَقَاهُ بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِذِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا فِيهِ عِتْقٌ ، وَلَا لَهَا عَلَيْهِ وَلَا عَيْنٌ ، وَلَا لَهُ كُلُّهُ لِلْمُعْتِقِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حُرًّا بِإِعْتِقَائِهِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ يَكُونُ وَلَا وَهُ بَيْنَهُمْ اثْنَانِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُعْتِقِ الْأَوَّلِ مِنَ الْقِيَمَةِ . وَلَوْ أَنَّ الْمُعْتِقَ الْأَوَّلَ لَمْ يُؤَدِّ الْقِيَمَةَ حَتَّى أَفْلَسَ ، عَتَقَ الْعَبْدَ ، وَكَانَتِ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ دَيْنًا ، يُزَاحِمُ بَهَا الشَّرِيكَانِ عِنْدَنَا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتِقُ جَارِيَةً حَامِلًا ، فَلَمْ تُؤَدِّ الْقِيَمَةَ حَتَّى وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِلَّا قِيَمَتُهَا حِينَ أَعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ حُرٌّ رَاحًا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، يُقَوِّمُ وَلَدَهَا أَيْضًا . وَلَوْ تَلَفَ الْعَبْدُ قَبْلَ ادِّاءِ الْقِيَمَةِ ، مَاتَ حُرًّا ، وَالْقِيَمَةُ عَلَى الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ عَلَيْهِ ^(١٢) / رِقَهُ . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَا شَيْءَ عَلَى ^(١٣) / الْمُعْتِقِ ، وَمَا ^(١٤) لَمْ يُقَوِّمَ ، وَيُحْكَمُ بِقِيَمَتِهِ ، فَهُوَ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ عَبْدٌ .

فصل : وَالْقِيَمَةُ مُعْتَبَرَةٌ حِينَ اللَّفْظِ بِالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِثْلَافِ ، ^(١٥) وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ . وَلِلشَّرِيكَ مُطَالَبَةٌ بِالْقِيَمَةِ ^(١٦) ، عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهَا ، رُجِعَ إِلَى قَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ مَاتَ ، أَوْ غَابَ ، أَوْ تَأَخَّرَ تَقْوِيمُهُ زَمَنًا تَخْتَلَفُ فِيهِ الْقِيَمَةُ ^(١٧) ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ ^(١٨) لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الزِّيَادَةُ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهَا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ^(١٩) فِي صِنَاعَةٍ فِي الْعَبْدِ تَوْجِبُ زِيَادَةَ الْقِيَمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ^(٢٠) ؛ لِذَلِكَ ^(٢١) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ يُحْسِنُ

(١٢) سقط من : الأصل ، ب .

(١٣) سقطت الواو من : ١ ، ب ، م .

(١٤-١٥) مكان هذا في الأصل ، ١ ، ب : « وهو قول الشافعي » .

(١٥) في ١ : « القيمة » .

(١٦-١٧) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٧) في م : « اختلف » .

(١٨) في ١ : « كذلك » .

الصَّنَاعَةِ فِي الْحَالِ ، وَلَمْ يَمُضِ زَمَنٌ يُمَكِّنُ^(١٩) تَعْلُمَهَا فِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا صِدْقَهُ . وَإِنْ مَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ^(٢٠) حَدُوثَهَا فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، وَعَدَمُ الْحَدُوثِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي عَيْبٍ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ^(٢١) ؛ كَسَرِقَةٍ ، أَوْ إِبَاقٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةَ ، فَبِالْجِهَةِ الَّتِي رَجَّحْنَا قَوْلَ الْمُعْتِقِ فِي نَفْيِ الصَّنَاعَةِ ، نُرَجِّحُ قَوْلَ الشَّرِيكِ فِي نَفْيِ الْعَيْبِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ فِيهِ حَالُ الْاِخْتِلَافِ ، وَاخْتَلَفَا فِي حَدُوثِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ ، وَبَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ ، وَعَدَمُ حَدُوثِ الْعَيْبِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَتُهُ مِنَ الْعَيْبِ حِينَ الْإِعْتِاقِ .

فصل : وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْيَسَارِ فِي هَذَا ، أَنْ يَكُونَ لَهُ فَضْلٌ عَنْ قُوَّتِهِ^(٢٢) ، يَوْمُهُ وَلَيْلَتُهُ ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ مِنَ الْكِسْوَةِ ، وَالْمَسْكَنِ ، وَسَائِرِ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ ، مَا^(٢٣) يَدْفَعُهُ إِلَى شَرِيكِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « التَّنْبِيهِ » . وَإِنْ وُجِدَ بَعْضُ مَا يَنْفِي بِالْقِيَمَةِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قَدْرٌ مَا يَمْلِكُهُ مِنْهُ . ذَكَرَهُ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ أَحْمَدُ : لَا ثِبَاطٌ فِيهِ دَارٌ ، وَلَا رِبَاطٌ . وَمُقْتَضَى هَذَا ، أَنْ لَا يُبَاعَ لَهُ أَصْلُ مَالٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ / : يُبَاعُ عَلَيْهِ سِوَارُ بَيْتِهِ ، وَمَالُهُ بَالٌ^(٢٤) مِنْ كِسْوَتِهِ ، وَيُقْتَضَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ كَمَا^(٢٥) يُقْتَضَى عَلَيْهِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى . وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُ تَلَفُظِهِ بِالْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ الْوُجُوبِ ، فَإِنْ أَيْسَرَ الْمُعْسِرُ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَسِرْ إِعْتَاقُهُ ، وَإِنْ أَعْسَرَ الْمُوسِرُ ، لَمْ يَسْقُطْ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ ؛^(٢٥) لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ^(٢٦) ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِعْسَارِهِ ، كَذَيْنِ الْإِثْلَافِ . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ .

ظ ١٦٧/١١

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر . وفي ا : « تعليمها » .

(٢٠) في ب ، م : « القيمة » .

(٢١) في ا : « قوت » .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في ا : « مال » .

(٢٤) في ا ، ب ، م : « ما » .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

فصل : إذا قال أحد الشريكين لشريكه : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ مع نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتقاً معاً ، ولم يلزم المعتق شيء . وقيل : يعتق كله على المعتق ؛ لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه ، فلزم^(٢٦) أن يكون سابقاً عليه . والأول أولى ؛ لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه ، فوجب حملُه عليه ، كما لو وكله في إعتاق نصيبه مع نصيبه ، فأعتقهما معاً . وإن قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ ، فقال أصحابنا : إذا أعتق نصيبه ، سرى ، وعتق كله عليه ، وقوم عليه ، ولا يقع إعتاق شريكه ؛ لأن السراية سبقت ، فمنعت عتق الشريك . ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً ؛ لأن عتق نصيبه سبب للسراية ، وشرط لعتق نصيب الشريك ، فلم يسبق أحدهما الآخر ؛ لوجودهما في حال واحد .^(٢٧) وقد يرجع وقوع^(٢٨) عتق الشريك ؛ لأنه تصرف منه في ملكه ، والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل ،^(٢٩) فكان نفوذ عتق الشريك أولى . ولأن سراية العتق على خلاف الأصل^(٣٠) ؛ لكونها إثلاً للملك المعصوم بغير رضاه ، وإلزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق ، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك ، كان أولى . وإن قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ قبل^(٣١) نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتقاً معاً عليهما . وكذلك إذا قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حرٌّ قبل^(٣٢) إعتاقك نصيبك . وقعاً معاً ، إذا أعتق نصيبه . وهذا مقتضى قول أبي بكر ، والقاضى . ومقتضى قول ابن عقيل ، / أن يعتق كله على المعتق ، ولا يقع إعتاق شريكه ؛ لأنه إعتاق^(٣٣) في زمن ماضٍ . ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ، ممن قال بسراية العتق ، أن لا يصح إعتاقه ؛ لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدُّم عتق الشريك وسرايته ، فيمتنع إعتاق نصيب هذا ، ويمتنع عتق نصيب الشريك ، ويفضى إلى الدور ، فيمتنع الجميع . وقد مضى

(٢٦) في ١ ، ب ، م : « فيلزم » .

(٢٧-٢٨) في ب : « ووقوع » .

(٢٨-٢٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩-٣٠) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٠) في م : « أعتق » .

الكلام على (٣٠) هذا في مسائل الطلاق (٣١). والله تعالى أعلم .

١٩٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْأَوَّلُ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، وَأَعْتَقَهُ الثَّانِي وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ وَنَصِيْبُ (١) شَرِيْكِهِ ، وَكَانَ ثُلُثٌ وَلَايُهُ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ ، وَثُلَاثَاهُ لِلْمُعْتَقِ الثَّانِي)

ظاهر المذهب أن المُعْسِرَ إذا أعتق نَصِيْبَهُ من العبد ، استقرَّ فيه العتق ، ولم يسر إلى نَصِيْبِ شَرِيْكِهِ ، بل يَبْقَى على الرِّقِّ ، فإذا أعتق (٢) الثَّانِي نَصِيْبَهُ ، وهو مُوسِرٌ ، عَتَقَ عليه جَمِيعُ مَا بَقِيَ منه ؛ نَصِيْبُهُ بِالْمُبَاشَرَةِ (٣) ، وَنَصِيْبُ شَرِيْكِهِ الثَّالِثِ بِالسَّرَايَةِ ، وصارَ له ثُلَاثُ وَلَايَةٍ ، ولِلأَوَّلِ ثُلَاثُهُ . وهذا قولُ إسحاق ، وأبي عُبَيْدٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وداودُ ، وابنِ جَرِيرٍ . وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعيُّ ، على الوجه الذي بيَّنناه من قولهما فيما مضى . ورَوَى عن عُرْوَةَ ، أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا أَعْتَقَ نَصْفَهُ ، فكان عُرْوَةُ يُشَاهِرُهُ ؛ شَهْرَ عَبْدٍ ، وشَهْرَ حُرٍّ . ورَوَى عن أحمدَ ، أَنَّ المُعْسِرَ إذا أعتق نَصِيْبَهُ ، اسْتُسْعِيَ العبدُ في قِيَمَةِ حِصَّةِ الباقيْنِ حتَّى يُؤَدِّيَهَا ، فَيَعْتَقَ . وهو قولُ ابنِ شُبْرَمَةَ ، وابنِ أَبِي لَيْلَى ، والأوزاعيُّ ، وأبي يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي (٤) مَمْلُوكٍ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتَقَهُ كُلُّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ ، (٥) غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » (٦) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، ورواه أبو داودُ (٧) . قال ابنُ أَبِي لَيْلَى ، وابنُ شُبْرَمَةَ : فإذا اسْتُسْعِيَ

(٣٠) في م : « في » .

(٣١) تقدم في : ٥٣٥/١٠ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « استحق » .

(٣) في م : « بالمباشرة » .

(٤) في ب : « من » .

(٥-٥) سقط من : ب .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء ... ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق نصيبا في عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٨٥ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب ذكر سعاية العبد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ . وأبو داود ، في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ .

فِي نَصْفِ قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ مُعْتَقَهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنَصْفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَاهُ إِلَى هَذَا ، وَكَلَّفَهُ إِيَّاهُ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يَعْتَقُ جَمِيعُهُ ، وَتَكُونُ قِيَمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ / فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يَتَّبِعُ^(٧) ، فَإِذَا وَجَدَ فِي الْبَعْضِ سَرَى إِلَى جَمِيعِهِ ، ١٦٨/١١ ظ كَالطَّلَاقِ ، وَيَلْزَمُ الْمُعْتَقَ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَلَفُ لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ بِاعْتِاقِهِ ، فَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ^(٨) بِقَتْلِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْرَى الْعَتَقُ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ إِعْتَاقُ النَّصِيبِ الْبَاقِي ، فَيَتَخَيَّرُ شَرِيكُهُ بَيْنَ إِعْتَاقِ نَصِيبِهِ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا ، وَبَيْنَ أَنْ يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِهِ ، فَإِذَا أَذَاهُ إِلَيْهِ عَتَقَ ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عَمَرَ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ثَابِتٌ عِنْدَ جَمِيعِ الْعُلَمَاءِ بِالْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّ الْاسْتِسْعَاءَ إِعْتَاقُ بَعْضٍ ، فَلَمْ يُجَبَّرْ عَلَيْهِ ، كَالْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ فِي الْاسْتِسْعَاءِ إِضْرَارًا بِالشَّرِيكِ وَالْعَبْدِ ؛ أَمَّا الشَّرِيكُ فَإِنَّا نُحْيِلُهُ عَلَى سِعَايَةِ لَعَلَّهُ لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَصْلًا ، وَإِنْ حَصَلَ فَرُبَّمَا يَكُونُ يَسِيرًا مُتَفَرِّقًا ، وَيَمُوتُ عَلَيْهِ مَلَكُهُ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَإِنَّا نُجْبِرُهُ عَلَى سِعَايَةٍ لَمْ يُرْذَها ، وَكَسَبَ لَمْ يَحْتَرَهُ ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمَا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٩) . قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ : أَلَيْسَ إِنَّمَا الزِّمُّ الْمُعْتَقُ ثَمَنَ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ ، لِثَلَاثٍ يَدْخُلُ عَلَى شَرِيكِهِ ضَرَرٌ ، فَإِذَا أَمْرُهُ^(١٠) بِالسَّعْيِ ، وَإِعْطَايَهُ كُلَّ شَهْرٍ ذِرْهَمَيْنِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَمْلِكِهِ ، فَأَيُّ ضَرَرٍ أَعْظَمُ مِنْ هَذَا ! فَأَمَّا حَدِيثُ الْاسْتِسْعَاءِ ، فَقَالَ الْأَثَرُمُ : ذَكَرَهُ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ ، فَطَعَنَ فِيهِ ، وَضَعَفَهُ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَيْسَ فِي الْاسْتِسْعَاءِ يَثْبُتُ^(١١) عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَرْوِيهِ ابْنُ أَبِي عَرُوبَةَ^(١٢) . وَأَمَّا شُعْبَةُ ، وَهَشَامُ الدَّسْتَوَائِي . فَلَمْ يَذْكُرَاهُ^(١٣) . وَحَدَّثَ بِهِ مَعْمَرٌ ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ السَّعَايَةَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : وَهَمَامٌ أَيْضًا لَا

= كَأَخْرَجِهِ ابْنَ مَاجَه ، فِي : بَابٍ مِنْ أَعْتَقَ شَرَكَا لَهُ فِي عَبْد ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٢/٤٤٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٥٥ ، ٤٢٦ ، ٤٧٢ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « يَنْتَقِضُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « أَتْلَفَ » .

(٩) فِي م : « ضَمَار » . وَتَقْدِمُ تَفْرِيجُهُ ، فِي : ١٤٠/٤ .

(١٠) فِي ب ، م : « أَمْرُهُ » .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « ثَبِتَ » . وَمَا فِي الْأَصْلِ مَعْنَاهُ : شَيْءٌ يَثْبُتُ .

(١٢) فِي أ ، ب ، م : « عُرُوَّة » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « يَذْكُرُهُ » .

يقوله . قال المروذي : وضعف أبو عبد الله حديث سَعِيد . وقال ابن المنذر : لا يصح حديث الاستسعاء . وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فنيا قتادة ، وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة . قال بعد ذلك / : فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى . قال ابن عبد البر : حديث أبي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة ، وهشام ، وهمام ، على ترك ذكره ، وهم الحجة في قتادة ، والقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث إذا خالفهم غيرهم . فأما قول أبي حنيفة ، وقول صاحبيه الأخير ، فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف ، بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعا . قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة ، وزفر^(١٤) ، بحديث ابن عمر ، ولا حديث أبي هريرة على وجهه ، وكل قول خالف^(١٥) السنة ، فمردود على قائله . والله المستعان .

فصل : إذا قلنا بالسَّعَاية ، احتمل أن لا يعتق كله ، وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسعى^(١٦) في أدائها ، وتكون أحكامه^(١٧) أحكام الأحرار ، فإن مات ، وفي يده مال ، كان لسيده بقيَّة السَّعَاية ، وباقي ماله موروث ، ولا يرجع العبد على أحد . وهذا قول أبي يوسف ، ومحمد . ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدى السَّعَاية ، فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق ، إن^(١٨) مات ، فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له ، على قول من لم يقل بالسَّعَاية ؛ لأنه إعتاق بأداء مال ، فلم يعتق قبل أدائه ، كالمكاتب . وقال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق إذا أيسر ؛ لأنه كلفه السَّعَاية بإعتاقه . ولنا ، أنه حق لزِم العبد في مقابلة حرَّيته ، فلم يرجع به على أحد ، كإل المكاتب^(١٩) ، ولأنه لو رجع به على السيِّد ، لكان هو السَّاعي في العوض ، كسائر الحقوق الواجبة عليه .

(١٤) في زيادة : « صاحبه » .

(١٥) في م : « يخالف » .

(١٦) في م : « يستسعى » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في م : « إذا » .

(١٩) في ا ، ب ، م : « الكتابة » .

١٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ الثَّانِي مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيْبُهُ مِنْهُ ، وَكَانَ ثُلُثُهُ رَقِيْقًا لِمَنْ لَمْ يُعْتَقِ ، ^(١) فَإِنْ مَاتَ وَفِي يَدِهِ مَالٌ كَانَ ثُلُثُهُ لِمَنْ لَمْ يُعْتَقِ ^(٢) ، وَثُلُثَاهُ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ وَالْمُعْتَقِ الثَّانِي بِالْوَلَاءِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَحَقُّ مِنْهُمَا)

إنما كان كذلك ؛ / لِأَنَّ الْمُعْسِرَ لَا يُعْتَقُ إِلَّا نَصِيْبُهُ ، وَالْأَوَّلُ وَالثَّانِي مُعْسِرَانِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ لَمْ يُعْتَقِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ إِلَّا نَصِيْبُهُ ، وَنَصِيْبُهُمَا الثَّلَاثَانِ ، وَبَقِيَ ثُلُثُهُ رَقِيْقًا لِلثَّلَاثِ ، فَإِذَا خَلَفَ الْعَبْدُ مَالًا ، فَثُلُثُهُ لِلَّذِي لَمْ يُعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُكَ لِثُلُثِهِ ، وَثُلُثَاهُ مِيرَاثٌ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُمَا بِجُزْئِهِ الْحَرِّ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ نَسِبٌ ، يَرِثُ مَالَهُ كُلَّهُ ، أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ مِنَ الْمُعْتَقِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ نَسِبٌ فَهُوَ لِلْمُعْتَقَيْنِ بِالْوَلَاءِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ذُو فَرْصٍ يَرِثُ الْبَعْضَ ، أَخَذَ فَرْصَهُ مِنْهُ ، وَبَاقِيَهُ لِلْمُعْتَقَيْنِ . وَهَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالُكَ لِثُلُثِهِ قَاسَمَ الْعَبْدَ فِي حَيَاتِهِ كَسْبَهُ ، وَلَمْ يُهَيِّئْهُ ، فَأَمَّا إِنْ قَاسَمَهُ ، أَوْ هَيَّأَهُ ، فَلَا حَقَّ لَهُ فِي تَرْكِتِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بِالْجُزْءِ الْحَرِّ ، فَتَكُونُ جَمِيعُهَا مِيرَاثًا لَوَرِثَتِهِ ، دُونَ مَالِكَ لِثُلُثِهِ ، إِذَا لَحَقَّ لَهُ فِي الْجُزْءِ الْحَرِّ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ حَقٌّ فِيمَا كَسَبَهُ ^(٣) ، وَلَا فِيمَا مَلَكَهُ ^(٤) .

فصل : وَمَنْ قَالَ بِالسَّعَايَةِ ، فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى حِينَ أُعْتِقَهُ الْأَوَّلُ ، فَإِذَا أُعْتَقَ الثَّانِي نَصِيْبُهُ ، انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ فِي حُرِّيَّتِهِ ، هَلْ حَصَلَتْ بِاعْتِقَاكِ ^(٥) الْأَوَّلُ أَوْ لَا ؟ فَمَنْ جَعَلَهُ حُرًّا ، لَمْ يُصَحِّحْ عَتَقَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِاعْتِقَاكِ الْأَوَّلِ ، وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْهُ حُرًّا ، صَحِّحَ ^(٦) عَتَقَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ أُعْتِقَ جُزْءًا مَمْلُوكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ . وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ سِعَايَتِهِ فَقَدْ مَاتَ وَثُلُثُهُ رَقِيْقٌ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي الْمِيرَاثِ كَحُكْمِ ^(٧) مَا ذَكَرْنَا فِي الْقَوْلِ الْآخَرِ .

فصل : وَإِذَا حَكَمْنَا بِعَتَقِ بَعْضِهِ ، وَرَقَّ بَاقِيَهُ ، فَإِنَّ نَفَقَتَهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَطْرَتَهُ ، وَأَكْسَابَهُ ، بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ عَلَى قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ . وَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الْمُهَيَّاءَةِ بَيْنَهُمَا ، كَانَتْ نَفَقَةُ الْعَبْدِ وَكَسْبُهُ فِي أَيَّامِهِ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَفِي أَيَّامِ سَيِّدِهِ يَكُونُ كَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ ،

(١-١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢) في م زيادة : « به » .

(٣) في الأصل : « بإعتاقه » .

(٤) في الأصل ، أ ، ب : « صح » .

(٥) في ب ، م : « حكم » .

وَتَقَفَّتْهُ عَلَيْهِ. فَأَمَّا الْأَكْسَابُ النَّادِرَةُ؛ كَاللَّقِطَةِ، وَالْهَيْةِ، وَالْوَصِيَّةِ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَايَةِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَكْسَابِهِ / فَأَشْبَهَتِ الْمُعْتَادَةَ. وَذَكَرَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا وَجْهًا آخَرَ، أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَايَةِ، وَتَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الْمُهَيَايَةَ مُعَاوَضَةٌ، فَكَأَنَّهُ تَعَاوَضَ عَنْ نَصِيْبِهِ مِنْ كَسْبِهِ فِي يَوْمٍ سَيِّدُهُ بِنَصِيْبٍ سَيِّدِهِ فِي يَوْمِهِ، فَلَا تَتَنَاوَلُ الْمُعَاوَضَةُ الْمَجْهُوْلَ، وَمَا لَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ وَجُودُهُ. فَأَمَّا الْمِيرَاثُ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْمُهَيَايَةِ، وَلَا يَسْتَحِقُّ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرِثُ بِجُزْئِهِ الْحُرَّ، وَيَمْلِكُ هَذَا الْعَبْدُ بِجُزْئِهِ الْحُرَّ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الْمِلْكِ، وَيَرِثُ، وَيُورِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ، وَقَدْ مَضَى ذِكْرُ ذَلِكَ.

فصل: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ جَائِزٌ التَّصَرُّفِ، صَحَّ عِتْقُهُ بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ. وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ، عَتَقَ كُلُّهُ. فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ. وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ، وَابْنِهِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا^(٦). وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ، وَالْحَكَمُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَالثَّوْرِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ. قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ بِالْحِجَازِ، وَالْعِرَاقِ، قَالُوا: يَغْتَقِ كُلُّهُ إِذَا أُعْتِقَ نِصْفُهُ. وَقَالَ طَاوُسٌ: يَغْتَقِ فِي عِتْقِهِ، وَيَرِقُّ فِي رِقِّهِ. وَقَالَ حَمَّادٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ^(٧): يَغْتَقِ مِنْهُ مَا أُعْتِقَ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ. وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ أَصْحَابَهُ، فَلَمْ يَرَوْا عَلَيْهِ سِعَايَةً. وَرَوَى عَنْ مَالِكٍ، فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ، ثُمَّ غَفَلَ عَنْهُ حَتَّى مَاتَ، فَقَالَ: أَرَى نِصْفَهُ حُرًّا، وَنِصْفَهُ رَقِيْقًا؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي بَعْضِهِ، فَلَمْ يَسِرْ إِلَى بَاقِيهِ، كَالْبَيْعِ. وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ جَمِيعَ الْعَبْدِ»^(٨). وَإِذَا أُعْتِقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيْكِهِ، كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى عِتْقِ جَمِيعِهِ إِذَا كَانَ كُلُّهُ مِلْكًا لَهُ. وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ^(٩) مَمْلُوكٍ،

(٦) أخرجه عنهما البيهقي، في: باب من أعتق من مملوكه شقصا، من كتاب العتق. السنن الكبرى ٢٧٤/١٠. وابن أبي شيبة، في: باب الرجل يعتق بعض مملوكه، من كتاب البيوع والأفضية. المصنف ١٨٣/٦. وأخرجه عن ابن عمر، عبد الرزاق، في: باب من أعتق بعض عبده، من كتاب المدير. المصنف ١٤٨/٩.

(٧) سقط من: الأصل.

(٨) تقدم ترجمته، في: ٣٦٢/٧.

(٩) في م: «في».

فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مَلِكٍ لِبَعْضِ مَمْلُوكِهِ الْآدَمِيِّ ، فَرَأَى عَنْ جَمِيعِهِ ، كَالطَّلَاقِ ، وَيُقَارَقُ الْبَيْعُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ / إِلَى السَّعْيَةِ ، وَلَا يَنْبَغِي عَلَى التَّغْلِيْبِ ^(١١) وَالسَّرَايَةِ ^(١٢) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُعْتَقَ جُزْءًا كَبِيرًا ، كِنَصْفِهِ وَثُلَاثِهِ ، أَوْ صَغِيرًا ، كَعَشْرِهِ وَعُشْرُ عَشْرِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِسَرَايَةِ الْعَتَقِ إِذَا كَانَ مَشَاعًا . وَإِنْ أُعْتِقَ جُزْءًا مُعَيَّنًا ، كَرَأْسِهِ ، أَوْ يَدِهِ ، أَوْ أُصْبُعِهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ أَيْضًا . وَهَذَا قَالَ قَتَادَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ أُعْتِقَ رَأْسُهُ ، أَوْ ظَهْرُهُ ، أَوْ بَطْنُهُ ، أَوْ جَسَدُهُ ، أَوْ نَفْسُهُ ، أَوْ فَرْجُهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ حَيَاتَهُ لَا تَبْقَى بِدُونِ ذَلِكَ ، وَإِنْ أُعْتِقَ يَدَهُ ، أَوْ عُضْوًا تَبْقَى حَيَاتُهُ بِدُونِهِ ^(١٣) ، لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِزَالَةَ ذَلِكَ مَعَ بَقَائِهِ ، فَلَمْ يَعْتَقْ بِإِعْتَاقِهِ ، كَشَعْرِهِ ، أَوْ سِنِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُعْتِقَ عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ ، فَيَعْتَقُ جَمِيعُهُ ، كَرَأْسِهِ ، فَأَمَّا إِذَا أُعْتِقَ شَعْرُهُ ، أَوْ سِنُّهُ ، أَوْ ظَفْرُهُ ، لَمْ يَعْتَقْ . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَاللَّيْثُ ، فِي الرَّجُلِ يُعْتَقُ ظَفْرُ عَبْدِهِ : يَعْتَقُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ أَشْبَهَ أُصْبُعَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَزُولُ ، وَيَخْرُجُ غَيْرُهَا ، فَأُشْبِهَتِ الشَّعْرَ ، وَالرَّيْقَ ، وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ ^(١٤) ، وَمَا ذَكَرَ فِي الطَّلَاقِ فَالْعَتَاقُ مِثْلُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٥١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدَانِ شَرِيكَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ أُعْتِقَ حَقَّهُ مِنْهُ ، فَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى شَرِيكَهِ ، فَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ ، كَانَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَصِيرَ حُرًّا ، أَوْ يَخْلِفَ مَعَ أَحَدِهِمَا ، وَيَصِيرَ نَصْفَهُ حُرًّا)

أَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرِيكَانِ مُعْسِرَيْنِ ، فَلَيْسَ فِي دَعْوَى أَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ إِعْتَاقَ نَصِيبِهِ اعْتِرَافَ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ ، وَلَا ادِّعَاءَ لَا سِتِحْقَاقَ قِيَمَتِهِ ^(١) عَلَى الْمُعْتِقِ ؛ لِكَوْنِ عَتَقِ الْمُعْسِرِ يَقِفُ عَلَى نَصِيبِهِ ، وَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ فِي دَعْوَاهُ أَكْثَرُ مِنْ أَنَّهُ شَاهِدٌ عَلَى صَاحِبِهِ

(١٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٥٤ .

(١١) في الأصل : « التغلب » .

(١٢) سقطت الواو من : ب .

(١٣) في الأصل ، ا ، ب : « بدونها » .

(١٤) تقدم في : ٥١٣/١٠ .

(١) في ا : « قيمتها » .

بِإِغْتِاقِ نَصِيْبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنَا عَدْلَيْنِ فَلَا أَثَرَ لِكَلَامِهِمَا فِي الْحَالِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ
غَيْرَ الْعَدْلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ ، فَشَهَادَتُهُمَا مَقْبُولَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
لَا يَجُزُّ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا ، وَقَدْ حَصَلَ لِلْعَبْدِ ^(٢) بِحُرِّيَّةِ كُلِّ نَصْفٍ
مِنْهُ شَاهِدٌ عَدْلٍ ، فَإِنْ حَلَفَ مَعَهُمَا ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَإِنْ حَلَفَ مَعَ أَحَدِهِمَا صَارَ نَصْفُهُ
حُرًّا . عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : ^(٣) «إِنَّ الْعِتَقَ يَحْصُلُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ مَعَ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ، لَمْ يَعْتَقْ مِنْ شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ ^(٤) الْعِتَقَ لَا يَحْصُلُ بِشَاهِدٍ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . بِلَا خِلَافٍ
نَعْلَمُهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَدْلًا دُونَ الْآخَرِ ، فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَهَادَةِ الْعَدْلِ ، وَيَصِيرُ
نَصْفُهُ حُرًّا ، وَيَبْقَى نَصْفُهُ الْآخَرُ رَقِيْقًا .

فصل : وَمَنْ قَالَ بِالْإِسْتِسْعَاءِ ، فَقَدْ اعْتَرَفَ بِأَنْ نَصِيْبَهُ قَدْ ^(٥) خَرَجَ عَنْ يَدِهِ ، فَيَخْرُجُ
الْعَبْدُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ ؛ لِإِعْتِرَافِ ^(٥) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذَلِكَ فِي نَصِيْبِهِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيْبَ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَسِرْ إِلَى النُّصْفِ الَّذِي
كَانَ لَهُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ حَصَلَ بِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ بِإِغْتِاقِ شَرِيْكِهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ عَلَيْهِ وَلَاؤٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَدْعِي إِعْتَاْقَهُ ، بَلْ يَعْتَرِفُ بِأَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُخْلَصٌ لَهُ مِمَّنْ يَسْتَرْقُهُ ^(٦) ظُلْمًا ،
فَهُوَ كَمُخْلَصِ الْأَسِيرِ مِنْ أَيْدِي الْكُفَّارِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يَسْرَى ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ حَصَلَ
بِهِ الْإِغْتَاْقُ ^(٧) ، فَاشْتَبَهَ شِرَاءَ بَعْضِ وَلَدِهِ . وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فِي شَهَادَتِهِ عَلَى شَرِيْكِهِ ،
لِيَسْتَرْقِيَ مَا اشْتَرَاهُ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ رُجُوْعٌ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ
بِحُرِّيَّةِ عَبْدِهِ ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ . وَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ إِنْ أَعْتَقَهُ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ ؛
لِمَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّنَا نَعْلَمُ أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ وَلَاؤًا ^(٨) ، وَلَا يَدْعِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ،

(٢) سقط من : ب .

(٣-٣) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في الأصل : « باعتراف » .

(٦) في الأصل ، ١ : « يشتره » .

(٧) في الأصل : « العتاق » .

(٨) سقط من : الأصل .

ولا يُنازِعُه فيه ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُه فيه . وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، صارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ حُرًّا ، لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَإِنْ أُعْتِقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا اشْتَرَاهُ ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فِي شَهَادَتِهِ ، فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْوِلَاءُ عَلَى مَا^(٩) أَعْتَقَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ أَقَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَنَّهُ كَانَ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ ، وَصَدَّقَ / الْآخَرَ فِي شَهَادَتِهِ ، بَطَلَ الْبَيْعَانِ ، ١١/١٧١ ط وَيُثْبِتُ^(١٠) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْوِلَاءُ عَلَى نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُصَدِّقُ الْآخَرَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوِلَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْوِلَاءُ لهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يُكْذَبْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ الْوِلَاءَ عَلَيْهِ ثَابِتٌ لهُمَا ، وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَأَنَّهُ بَيْنَهُمَا ؛ إِمَّا بِالْعِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَإِمَّا بِالثَّانِي ؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ كَانَا صَادِقَيْنِ فِي شَهَادَتَيْهِمَا ، فَقَدْ ثَبَّتَ الْوِلَاءَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النِّصْفِ الَّذِي أَعْتَقَهُ أَوَّلًا ، وَإِنْ كَانَا كَاذِبَيْنِ ، فَقَدْ أُعْتِقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفَهُ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَادِقًا ، وَالْآخَرُ كَاذِبًا ، فَلَا وِلَاءَ لِلصَّادِقِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْتِقِ النِّصْفَ الَّذِي كَانَ لَهُ أَوَّلًا ، وَلَا صَحَّ^(١١) عِتْقُهُ فِي الَّذِي اشْتَرَاهُ ، لِأَنَّهُ كَانَ حُرًّا قَبْلَ شِرَائِهِ ، وَالْوِلَاءُ كُلُّهُ لِلْكَاذِبِ ؛ لِأَنَّهُ أُعْتِقَ النِّصْفَ الَّذِي كَانَ لَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَى النِّصْفَ الَّذِي لَشَرِيكَه فَأَعْتَقَهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي صَاحِبَهُ فِي الْإِحْتِمَالِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا .

فصل : وَكُلُّ مَنْ شَهِدَ عَلَى سَيِّدٍ عَبْدٍ بِعِتْقِ عَبْدِهِ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُمَا ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ . وَبِهَذَا قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَلَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرَى وِلَاءٌ عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ عِتْقَهُ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَه أُعْتِقَ حَقَّهُ مِنْهُ ، وَكَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا ، أَوْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ عَدْلَيْنِ ، فَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(١٢) ، وَعَتَقَ ، أَوْ شَهِدَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَدْلٌ آخَرُ ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، أَوْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ،

(٩) فِي م : « مِنْ » .

(١٠) فِي أ : « وَثَبِتَ » .

(١١) فِي أ : « يَصَحُّ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ أ ، ب ، م .

فَأَنْكَرَ^(١٣) ، وَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِعِتْقِهِ ، عَتَقَ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لِأَحَدٍ حَقُّ يُنْكِرُهُ . فَإِنْ عَادَ مَنْ يُثْبِتُ^(١٤) إِعْتَاقَهُ ، فاعْتَرَفَ بِهِ ، ثَبَتَ لَهُ الْوِلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُسْتَحَقَّ لَهُ سِوَاهُ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ لِإِنْكَارِهِ لَهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ ، بَزَالَ الْإِنْكَارِ / وَثَبَتَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُوسِرَانِ إِذَا أُعْتِقَ عَلَيْهِمَا ، فَإِنْ صَدَّقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي أَنَّهُ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ وَحْدَهُ ، أَوْ أَنَّهُ سَبَقَ بِالْعِتْقِ ، فَالْوِلَاءُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ نَصِيبِ الْآخَرِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُعْتِقَ نَصِيبَهُ دُفْعَةً وَاحِدَةً ، فَالْوِلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ الْمُعْتَقُ وَحْدَهُ ، أَوْ أَنَّهُ السَّابِقُ بِالْعِتْقِ ، تَحَالَفاً ، وَكَانَ الْوِلَاءُ بَيْنَهُمَا يُصَفَّيْنِ . ١٧٢/١١

١٩٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الشَّرِيكَانِ مُوسِرَيْنِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًّا عَلَى شَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَيَمِينُ^(١) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشَرِيكِهِ^(٢))

وَجُمْلَتُهُ^(٣) أَنَّ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرَيْنِ ، إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعْتَرَفٌ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ ، شَاهِدٌ عَلَى شَرِيكِهِ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ لِشَرِيكِهِ : أُعْتَقْتَ نَصِيبُكَ ، فَسَرَى الْعِتْقُ إِلَى نَصِيبِي ، فَعَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْكَ ، وَلِزِمَكَ لِي قِيَمَةُ نَصِيبِي . فَصَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لِاعْتِرَافِهِمَا^(٤) بِحُرِّيَّتِهِ ، وَبَقِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٥) يَدَّعِي قِيَمَةَ حِصَّتِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ^(٦) لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، وَبَرِيَ^(٧) ، فَإِنْ تَكَلَّ أَحَدُهُمَا ، قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَكَلَّا جَمِيعًا ، تَسَاقَطَ حَقَّاهُمَا ؛ لِتِمَاطُلِهِمَا . وَلَا فَرْقَ فِي هَذِهِ الْحَالِ بَيْنَ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « فَأَنْكَرَهُ » .

(١٤) فِي ١ ، ب ، م : « ثَبَتَ » .

(١) فِي ب ، م : « فَيَمِينُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي م : « وَجُمْلَةُ ذَلِكَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِاعْتِرَافِهِمَا » .

(٥) فِي م : « كَانَ » .

(٦) فِي ١ ، ب ، م : « وَبَرَّئَا » .

العَدْلَيْنِ والفَاسِقَيْنِ ، والمُسْلِمِينَ والكَافِرِينَ ؛ لِتَسَاوَى الْعَدْلُ والفَاسِقُ ، والمُسْلِمُ والكَافِرُ ، فِي الاعْتِرَافِ والدَّعْوَى ، بِخِلَافِ التَّي قَبْلَهَا .

فصل : وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مُوسِرًا ، وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُعْسِرِ وَحْدَهُ ؛ لِاعْتِرَافِهِ^(٧) بِأَنْ نَصِيْبَهُ^(٨) قَدْ صَارَ حُرًّا بِاعْتِقِ شَرِيكِهِ الْمُوسِرِ الَّذِي يَسْرِى عِتْقُهُ ، وَلَمْ يَعْتَقِ نَصِيبُ الْمُوسِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي أَنَّ الْمُعْسِرَ الَّذِي لَا يَسْرِى عِتْقُهُ ، أُعْتَقَ نَصِيبُهُ خَاصَّةً ، فَعَتَقَ وَحْدَهُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُعْسِرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُ بِشَهَادَتِهِ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، لِكَوْنِهِ يُوجِبُ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ نَصْفَ قِيَمَتِهِ . / فَعَلَى هَذَا ، إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ سِوَاهُ ، ١٧٢/١١ ط
حَلَفَ الْمُوسِرُ ، وَبَرَى مِنَ الْقِيَمَةِ وَالْعِتْقِ جَمِيعًا ، وَلَا وِلَاءَ لِلْمُعْسِرِ فِي نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا لِلْمُوسِرِ ؛ لِذَلِكَ أَيْضًا . فَإِنْ عَادَ الْمُعْسِرُ ، فَأَعْتَقَهُ ، وَادَّعَاهُ ، ثَبَّتَ لَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُوسِرُ بِاعْتِقِ نَصِيبِهِ ، وَصَدَّقَ الْمُعْسِرُ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ أَيْضًا ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ نَصِيبِ الْمُعْسِرِ ، وَثَبَّتَ^(٩) لَهُ الْوِلَاءُ . وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ أُجْنِبِيَّةٌ تَشْهَدُ بِاعْتِقِ الْمُوسِرِ ، وَكَانَتْ عَدْلَيْنِ ، ثَبَّتَ الْعِتْقُ ، وَوَجِبَتْ الْقِيَمَةُ لِلْمُعْسِرِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ رَجُلًا وَاحِدًا ، حَلَفَ الْعَبْدُ مَعَهُ ، وَثَبَّتَ^(١٠) الْعِتْقُ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ ، وَلِلْمُعْسِرِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ ، وَيَسْتَحِقَّ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ ، سِوَاءَ حَلَفَ الْعَبْدُ ، أَوْ لَمْ يَحْلِفْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَدَّعِيهِ مَالٌ ، يُقْبَلُ^(١١) فِيهِ شَاهِدٌ وَبَيِّنٌ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَه أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُوسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُدَّعَى وَحْدَهُ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ بِسِرَايَةِ^(١٢) عِتْقِ شَرِيكِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًا نَصْفَ الْقِيَمَةِ عَلَى شَرِيكِهِ ، وَلَا يَسْرِى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَرِفُ أَنَّهُ الْمُعْتَقُ لَهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ بِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا بِاعْتِقِاقِهِ لَهُ ، وَلَا وِلَاءَ لَهُ عَلَيْهِ ؛ لِإِنْكَارِهِ لَهُ . قَالَ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بَاعْتِرَافِهِ » .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٩) فِي ١ : « وَثَبَّتَ » .

(١٠) فِي ١ : « وَثَبَّتَ » .

(١١) فِي ١ : « فُقِبِلَ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « لِسِرَايَةِ » .

القاضى : وولأوه موقوف . وإن كان المدعى عدلاً ، لم تُقبل شهادته ؛ لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه ، فيجرب بشهادته إليه^(١٣) نفعاً ، ومن شهد بشهادة يجرب إليه بها نفعاً ، بطلت شهادته كلها . وأما إن كان المدعى عليه مُعسراً ، فالقول قوله مع يمينه ، ولا يعتق منه شيء . وإن كان المدعى عدلاً ، حلف العبد مع شهادته ، وصار نصفه حراً . وقال حماد : إن كان المشهود عليه موسراً ، سعى له ، وإن كان مُعسراً ، سعى لهما . وقال أبو حنيفة : إن كان مُعسراً ، سعى العبد ، ولأوه بينهما ، وإن كان موسراً ، فولأ نصفه موقوف ، فإن اعترف أنه أعتق ، استحق الولاء ، وإلا كان الولاء لبيت المال .

فصل : / إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غراباً ، فنصيبى حراً . وقال الآخر : إن لم يكن غراباً ، فنصيبى حراً . وطار ، ولم يعلم حاله ، فإن كانا موسرين ، عتق العبد كله ؛ وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر مُعسراً ، عتق نصيب المُعسر وحده ؛ لما ذكرنا ، وإن كانا مُعسرين ، لم يعتق نصيب واحد منهما ؛ لأنه لم يتعين الحث فيه . فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، عتق نصفه ؛ لأننا علمنا حرته نصفه ، ولم يسر إلى النصف الآخر . وإن اشترى العبد^(١٤) أجنبى ، عتق نصفه ؛ لأن نصفه حُر يقيناً ، فلم يملك جميعه .

١٩٥٣ - مسألة : قال : (وإذا مات رجل ، وحلف ابنين ، وعبدان ، لا يملك غيرهما ، وهما متساويان في القيمة ، فقال أحد الابنين : أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما ، لا أدرى من منهما . أقرع بينهما ؛ فإن وقعت القرعة على الذى اعترف الابن بعتقه ، عتق ثلثاه إن لم يجز الابن عتقه كاملاً ، وكان الآخر عبداً ، وإن وقعت القرعة على الآخر ، عتق منه ثلثه ، وكان لمن قرع^(١) بقوله فيه سدسه ، ونصف العبد الآخر ، ولأخيه نصفه ، وسدس العبد الذى اعترف أن أباه أعتقه ، فصار ثلث كل واحد من العبدان حراً)

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت ،^(٢) (أو بالوصية^(٣) ؛ لأنه لو

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في الزيادة : « جميعه » .

(١) في ١ ، ب ، م : « قرعنا » .

(٢-٣) في ١ : « الوصية » .

أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، لَعَتَقَ كُلَّهُ ، وَلَمْ يَقِفْ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرْتَةِ . فَأَمَّا إِذَا اعْتَرَفَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا فِي مَرَضِهِ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ إِمَّا أَنْ يُعَيِّنَا الْعِتَقُ فِي أَحَدِهِمَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ثُلُثُ جَمِيعِ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَا عِتَقَ جَمِيعِهِ ، فَيَعْتَقُ . الثَّانِي ، أَنْ يُعَيِّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْعِتَقَ فِي وَاحِدٍ غَيْرِ الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، فَيَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٣) ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّهُ نِصْفُ الْعَبْدَيْنِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي عِتَقِ حَقِّهِ مِنَ الَّذِي عَيْنَهُ ، وَهُوَ ثُلَاثُ النِّصْفِ الَّذِي لَهُ ، وَذَلِكَ هُوَ الثُّلُثُ . وَإِلَّا نَهَ يَعْتَرَفُ بِحُرِّيَّةِ ثَلَاثِيهِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّهِ مِنْهُمَا ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، وَيَبْقَى الرُّقُّ فِي ثَلَاثِهِ ، / فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكِرُ عِتَقَهُ . وَالحَالُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا : أَبِي أَعْتَقَ هَذَا . وَيَقُولُ الْآخَرُ : أَبِي أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، لَا أَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ . فَتَقُومُ الْقُرْعَةُ مَقَامَ تَعْيِينِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ ؛ فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا ، كَمَا لَوْ عَيْنَاهُ بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، كَانَ ^(٤) كَمَا لَوْ عَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا ، يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سُدُسُ الْعَبْدِ الَّذِي عَيْنَهُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكِرُ عِتَقَهُ ، وَيَصِيرُ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدَيْنِ حُرًّا . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَقُولَا : أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا ، وَلَا نَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . فَإِنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا ، إِنْ لَمْ يُجِيزَا عِتَقَ جَمِيعِهِ ، وَكَانَ الْآخَرُ رَقِيقًا .

فصل : فَإِنْ رَجَعَ الْإِبْنُ الَّذِي جَهِلَ عَيْنَ الْمُعْتَقِ ^(٥) ، فَقَالَ : قَدْ عَرَفْتُهُ . قَبْلَ الْقُرْعَةِ ، فَهُوَ ^(٦) كَمَا لَوْ عَيْنَهُ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ جَهْلٍ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقُرْعَةِ ، فَوَافَقَهَا تَعْيِينُهُ ، لَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ ، وَإِنْ خَالَفَهَا ، عَتَقَ مِنَ الَّذِي عَيْنَهُ ثَلَاثًا بِتَعْيِينِهِ ، فَإِنْ عَيَّنَ الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، عَتَقَ ثَلَاثًا ، وَإِنْ عَيَّنَ الْآخَرَ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا . وَهَلْ يَبْطُلُ الْعِتَقُ فِي الَّذِي عَتَقَ بِالْقُرْعَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٩٥٤ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ (وَإِذَا ^(١) كَانَ لِرَجُلٍ نِصْفُ عَبْدٍ ، وَلَاخِرَ ثَلَاثُهُ ، وَلَاخِرَ سُدُسُهُ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، وَصَاحِبُ السُّدُسِ مَعًا ، وَهُمَا مُوسِرَانِ ، عَتَقَ

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « العتق » .

(٦) في : « وإن » .

عليهما ، وَضَمْنَا حَقَّ شَرِيكَيْهِمَا فِيهِ نَصَفَيْنِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا ؛ لِصَاحِبِ
النَّصْفِ ثَلَاثًا ، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ ثَلَاثُهُ (

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ أَكْثَرَ ، وَهُمْ
مُوسِرُونَ ، سَرَى عِتْقُهُمْ إِلَى بَاقِي الْعَبْدِ ، وَيَكُونُ الضَّمَانُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ،
يَتَسَاوُونَ فِي ضَمَانِهِ وَوَلَائِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَّمْ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ
أَمْلَاكِهِمْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ حَصَلَتْ بِاعْتِقَاقِ
مِلْكَيْهِمَا^(٢) ، وَمَا وَجَبَ بِسَبَبِ الْمَلِكِ / كَانَ عَلَى قَدَرِهِ ، كَالْتَفَقَةِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ .
وَلَنَا ، أَنْ عَتَقَ النَّصِيبَ اثْلَاثَ لِرُقِّ الْبَاقِي ، وَقَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ ، فَيَتَسَاوِيَانِ فِي الضَّمَانِ ، كَمَا لَوْ
جَرَحَ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا ، أَوْ أَلْقَى أَحَدُهُمَا جُرْعًا مِنْ
النَّجَاسَةِ فِي مَائِعٍ ، وَأَلْقَى الْآخَرُ جُرْعَيْنِ . وَيُفَارِقُ الشُّفْعَةَ ، فَإِنَّهَا تَثْبُتُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ
نَصِيبِ الذِّي لَمْ يَبْعَ ، فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى قَدْرِ نَصِيبِهِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَا لِدَفْعِ^(٣)
الضَّرَرِ مِنْهُمَا ، وَفِي الشُّفْعَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا ، وَالضَّرَرُ مِنْهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي إِذْخَالِهِ عَلَى
الشَّرِيكِ ، وَفِي الشُّفْعَةِ ضَرَرُ صَاحِبِ النَّصْفِ أَعْظَمُ مِنْ ضَرَرِ صَاحِبِ السُّدُسِ فَاخْتَلَفَا .
وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، كَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا ؛ لِأَنَّنَا إِذَا حَكَمْنَا بِأَنَّ الثَّلْثَ مُعْتَقٌّ عَلَيْهِمَا نَصَفَيْنِ ،
فَنَصْفُ الثَّلْثِ سُدُسٌ ، إِذَا ضَمَمْنَاهُ إِلَى النَّصْفِ الذِّي لِأَحَدِهِمَا^(٤) ، صَارَ ثَلَاثَيْنِ ، وَإِذَا
ضَمَمْنَا السُّدُسَ الْآخَرَ إِلَى سُدُسِ الْمُعْتَقِ^(٥) ، صَارَ ثَلَاثًا . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَصِيرُ الْوَلَاءُ
بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا ؛ لِصَاحِبِ النَّصْفِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ رُبْعُهُ ، وَالضَّمَانُ
بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : فَأَعْتَقَاهُ مَعًا . فَلِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْحُكْمِ الذِّي ذَكَرْنَاهُ اجْتِمَاعَهُمَا
فِي الْعِتْقِ ، بِحَيْثُ لَا يَسْبِقُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، بَأَنْ يَتَلَفَّظَ بِهِ مَعًا ، أَوْ يُوكَّلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ
فَيُعْتِقَهُمَا مَعًا ، أَوْ يُوكَّلَا وَكِيلاً فَيُعْتِقَهُمَا ، أَوْ يُعْلَقَا عِتْقَهُ عَلَى شَرَطِ فَيُوجَدَ . فَإِنْ سَبَقَ
أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكَيْهِ جَمِيعًا ، وَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَاءُ لَهُ

(٢) فِي ١ : « مِلْكُهُمَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « كَدَفْعِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لِأَحَدِهِمَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْعِتْقِ » .

كله . وقوله : وهما موسيران . شرط آخر ؛ فإن سريّة العتق يُشترط لها اليسار ، فإن كان^(٦) أحدهما موسيراً وحده ، قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق ؛ لأنّ المعسر لا يسرى عتقه ، فيكون الضمان على الموسر خاصة ، فإن كان أحدهما يجذب بعض ما يخصه ، قوم عليه ذلك القدر ، وباقيه على الآخر ، مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس ، فيقوم عليه ، ويقوم الربع على / صاحب النصف ،^(٧) ويصير ولأوله بينهم أربعاً ؛ ١٧٤/١١ ظ
لصاحب السدس رُبعه ، وباقيه لمعتق النصف ؛ لأنه لو كان أحدهما معسراً ، قوم الجميع على الآخر ، فإذا كان موسيراً ببعضه ، قوم الباقي على صاحب النصف^(٨) ؛ لأنه موسر .

١٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وإذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها أحدهما وأخبلها^(٩) ، أذب ، ولم يُلغ به الحد ، وضمن نصف قيمتها لشريكه ، وصارت أم ولد له ، وولده حر . وإن كان معسراً ، كان في ذمته نصف^(١٠) مهر مثلها^(١١) ، وإن لم تحبل منه ، فعليه نصف مهر مثلها ، وهي على ملكهما^(١٢))

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة ؛ لأنّ الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ، ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ يُفَرِّجُهُمْ حَفِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ آتَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿٤﴾ . وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً ؛ لأنّ له فيها ملكاً ، فكان ذلك شبهةً دارئةً للحد . وأوجب أبو ثور ؛ لأنه وطء محرم ؛ لأجل كونه في ملك غيره ، فأشبهه ما لو لم يكن له فيها ملك . ولنا ، أنه وطء صادق ملكه ، فلم يوجب به حد ، كوطء زوجته الحائض ، ويفارق ما لا ملك له فيها ؛ فإنه لا شبهة له فيها ، ولهذا السرقة عيناً له نصفها لم يقطع ، ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا

(٦) سقط من : الأصل .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) في الأصل : « أو أخبلها » .

(٢-٢) في الأصل : « قيمتها » .

(٣) في ١ ، ب ، م : « ملكهما » .

(٤) سورة المؤمنون ٥ - ٧ .

خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُعَزَّرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي حُجَّةِ أَبِي ثَوْرٍ . ثُمَّ لَا يَخْلُو مِنْ حَالَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ لَا تَحْمَلَ مِنْهُ ، فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى مِلْكِهِمَا ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطءٌ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشَّبَهَةِ ، فَأَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ وَطئَهَا يَطْنُهَا أَمْرَأَتُهُ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ مُطَاوَعَةً أَوْ مُكْرَهَةً ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ وَطءَ جَارِيَةٍ غَيْرِهِ يُوجِبُ الْمَهْرَ وَإِنْ طَاوَعَتْ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لِسَيِّدِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِهَا ، كَمَا لَوْ أُدْبِتْ فِي قِطْعِ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَيَكُونُ الْوَاجِبُ نِصْفَ الْمَهْرِ بِقَدْرِ مِلْكِ الشَّرِيكِ فِيهَا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يُحْبِلَهَا ، وَتَضَعُ مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ بِذَلِكَ أُمًّا وَلَدٌ لِلوَاطِئِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ خَالِصَةً لَهُ ، وَتَخْرُجُ بِذَلِكَ مِنْ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، / كَمَا تَخْرُجُ بِالْإِعْتِقَاقِ ؛ وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّ الْإِبْلَادَ ^(٥) أَقْوَى مِنَ الْإِعْتِقَاقِ ، وَيَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ نِصْفَهَا مِنْ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ ، ^(٦) كَمَا لَوْ أَخْرَجَهُ بِالْإِعْتِقَاقِ أَوْ الْإِثْلَافِ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ ^(٧) ، كَمَا لَوْ أَثْلَفَهَا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ يُلْحَقُ نَسَبُهُ بِالْوَالِدِ ^(٨) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطءٍ فِي مَحَلٍّ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا ^(٩) يُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيبَ شَرِيكِه إِذَا كَانَ مُعْسِرًا ، بَلْ يَصِيرُ نِصْفُهَا أُمًّا وَلَدٌ ، وَنِصْفُهَا قَتْلًا بَاقِيًا فِي مِلْكِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْإِحْبَالَ كَالْعِتْقِ ، وَيَجْرِي مَجْرَاهُ فِي التَّقْوِيمِ وَالسَّرَايَةِ ، فَاعْتَبَرَ فِي سِرَائَتِهِ الْيَسَارَ ، كَالْعِتْقِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَيْضًا ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا وَلَدَتْ ، احْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ كُلُّهُ حُرًّا ؛ لِاسْتِحَالَةِ انْعِقَادِ الْوَلَدِ مِنْ حُرٍّ وَعَبْدٍ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا كَأُمِّهِ ^(١٠) ؛ لِأَنَّ نِصْفَ أُمِّهِ أُمُّ وَلَدٍ ، وَنِصْفُهَا قَتْلٌ لَغَيْرِ الْوَاطِئِ ، فَكَانَ نِصْفُ الْوَلَدِ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، كَوَلَدِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا ، وَهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَحِلْ انْعِقَادُ الْوَلَدِ مِنْ حُرٍّ وَقَتْلٍ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ بَعْضَهَا أُمُّ وَلَدٍ ، فَكَانَ جَمِيعُهَا أُمًّا وَلَدٍ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا ، وَيُفَارِقُ الْإِعْتِقَاقَ ، فَإِنَّ الْاسْتِبْلَادَ أَقْوَى ، وَلِهَذَا يَنْقُذُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ مِنَ الْمَرِيضِ ، وَمِنَ الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالْإِعْتِقَاقُ بِخِلَافِهِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْإِبْلَاج » .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٧) فِي ب ، م : « لَوَالِدِهِ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : قال أبو الخطاب : وهل تلزمه قيمة الولد ^(١١) ومهر الأمة ^(١٢) ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، لا يلزمه ذلك . وهو ظاهر قول الخرقي ؛ لأنه لم يذكرهما ، لأن الأمة صارت مملوكة له ^(١٣) ، فلم يلزمه مهر مملوكه ، ولا قيمة ولدها ؛ ولأن الولد خلق حرًا ، فلم يقوم عليه ولده الحر . والوجه الثاني ، يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ، ونصف قيمة ولدها ؛ لأن الوطاء صادف ملك غيره ، وإنما انتقلت بالوطاء الموجب للمهر ، فيكون الوطاء ^(١٤) سبب الملك ^(١٥) ، ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه ، فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه ، فيكون / ملك غيره ، فيوجب مهر المثل ، وفعله ذلك منع انخلاق الولد ^(١٦) على ملك الشريك ، فيجب عليه نصف قيمته ، كولد المغرور . وقال القاضي : إن وضعت الولد بعد التقويم ، فلا شيء على الواطئ ؛ لأنها وضعت في ملكه ، ووقت ^(١٧) الوجوب حالة الوضع ، ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها ، وإن وضعت قبل التقويم ، فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ، ذكرهما أبو بكر ، واختار أنه تلزمه قيمته .

فصل : ولا فرق بين أن يكون له ^(١٨) في الأمة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرقي ، فيما إذا وطئ جارية من المغنم ، أنها تصير أم ولد إذا أحبلها ، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من أكثر ^(١٩) من ألف سهم .

١٩٥٦ - مسألة ؛ قال : (وإذا ^(٢٠) ملك سهمًا ممن يعتق عليه بغير ^(٢١) الميراث ، وهو موسر ، عتق عليه كله ، وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه ، وإن كان معسرًا ، لم يعتق عليه إلا مقدار ما ملك ، وإذا ^(٢٢) ملك بعضه بالميراث ، لم يعتق منه إلا

(١٠-١٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢-١٢) في ا : « سبب الملك » .

(١٣) سقطت الواو من : الأصل ، ب ، م .

(١٤) في م : « كثير » .

(١٥) في م : « وإن » .

(١٦) في الأصل : « من غير » .

مَقْدَارُ مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا (

قد ذكرنا فيما تقدم^(٤) أن من ملك ذارحِمَ مُحَرَّم ، فهو حرٌّ ؛ لما روى سَمُرَةُ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ مَلَكَ ذَارِحِمَ مُحَرَّم ، فَهُوَ حُرٌّ » . رواه أبو داود ، وابنُ ماجه ، والترمذى^(٥) . وروى ضَمْرَةُ ، عن سُفْيَانَ ، عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ ، عن ابنِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَارِحِمَ مُحَرَّم ، فَهُوَ حُرٌّ »^(٦) . وسُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ ضَمْرَةَ ، فَقَالَ : ثِقَّةٌ ، لِأَنَّهُ رَوَى حَدِيثَيْنِ لَيْسَ^(٧) لهما أَصْلٌ ؛ أَحَدُهُما ، هَذَا الْحَدِيثُ . وَرَوَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، عَنِ الْأَسْوَدِ ، عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : مَنْ مَلَكَ ذَارِحِمَ مُحَرَّم ، فَهُوَ حُرٌّ^(٨) . وقد ذكرنا هذا وما فيه مِنَ الْخِلَافِ فيما تقدم^(٩) . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، مِثْلَ أَنْ يَمْلِكَ سَهْمًا مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مَا مَلَكَ مِنْهُ ، سَوَاءً مَلَكَهُ^(١٠) بَعْوَضٍ ، أَوْ بغيرِ عَوَضٍ ، كَالْهَبَةِ وَالْأَغْنَامِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَسَوَاءً مَلَكَهَ بِاخْتِيَارِهِ ،^(١١) كَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ^(١٢) ، أَوْ بغيرِ اخْتِيَارِهِ ، كَالْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يَعْتَقُ بِهِ الْكُلُّ يَعْتَقُ بِهِ الْبَعْضُ ، / كَالْأَعْتَاقِ بِالْقَوْلِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسْرِ الْعَتَقُ ، وَاسْتَقَرَّ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ ، وَرَقَّ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ بِقَوْلِهِ ، لَمْ يَسْرِ إِعْتَاقُهُ مَعَ تَصْرِيحِهِ بِالْعَتَقِ وَقَصْدِهِ إِيَّاهُ ، فَهَهُنَا أَوَّلُ . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَكَانَ الْمَلِكُ بِاخْتِيَارِهِ ، كَالْمَلِكِ بغيرِ الْمِيرَاثِ ، سَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، فَعَتَقَ^(١٣) جَمِيعَ الْعَبْدِ ، وَلَزِمَهُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَهُ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَقَالَ قَوْمٌ : لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ ، سَوَاءً مَلَكَهَ بِشِرَاءٍ أَوْ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَعْتَقَهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ عَنْ^(١٤) بغيرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُ ، فَلَمْ

١٧٦/١١

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) تقدم في : ٣٩٨/٨ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٩/٨ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ملك ذارحِمَ محرم فهو حر . من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب من ملك ذارحِمَ محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .

(٩) في م زيادة : « منه » .

(١٠-١١) سقط من : الأصل .

(١١) في ١ : « فيعتق » .

(١٢) في م : « من » .

يَسْرِ ، كَالْوَمَلَكَةِ بِالْمِيرَاثِ ، وَفَارَقَ مَا عَتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٣) فَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، قَاصِدًا إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَعَلَ سَبَبَ الْعِتْقِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَقَصِدًا إِلَيْهِ ، فَسَرَى ، وَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْوَمَلَكَةِ مِنْ أَعْتَقَ نَصِيْبِهِ ، وَفَارَقَ الْمِيرَاثَ ، فَإِنَّهُ حَصَلَ مِنْ غَيْرِ قَصْدِهِ ، وَلَا فِعْلِهِ ، وَلَآنَ مَنْ بَاشَرَ سَبَبَ السَّرَايَةِ اخْتِيَارًا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا ، فَسَرَى جُرْحُهُ ، وَلَآنَ مُبَاشَرَةً ^(١٤) مَا ^(١٥) يَسْرِى ، وَتَسَبُّبُهُ إِلَيْهِ فِي لُزُومِ حُكْمِ السَّرَايَةِ وَاحِدٌ ، بِدَلِيلِ اسْتِثْوَاءِ الْحَافِرِ وَالْدَّافِعِ فِي ضَمَانِ الْوَاقِعِ . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ ، لَمْ يَسْرِ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَاسْتَقَرَّ فِيمَا مَلَكَهُ ، وَرَقَّ الْبَاقِي ، سِوَاءَ كَانَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَسَبَّبْ إِلَى إِعْتَاقِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَسْرِى إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، إِذَا كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ ^(١٦) عَلَيْهِ بَعْضُهُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَالْوَأَصِيِّ ^(١٧) لَهُ بِهِ فَقِيلَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقَهُ ، وَلَا تَسَبَّبَ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، وَلَمْ يَسْرِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَفَارَقَ مَا تَسَبَّبَ إِلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ وَرَثَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ جُزْءًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمَا ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْرِ فِي حَقِّ الْمُكَلَّفِ ، فَفِي حَقِّهِمَا أَوَّلَى . وَإِنْ وَهَبَ لهما ، أَوْ وَصَّى لهما بِهِ ، وَهُمَا مُعْسِرَانِ ، فَعَلَى وَلِيِّهِمَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَعَ لهما ، بِإِعْتَاقِ قَرَيْبِهِمَا ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ^(١٨) يَلْحَقُ بِهِمَا . وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يُقَوِّمُ عَلَيْهِمَا بَاقِيَهُ إِذَا / مَلَكَا ^{١٧٦/١١} بَعْضُهُ ؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَوِّمُ ، وَلَا يَسْرِى الْعِتْقُ إِلَيْهِ ^(١٩) ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مَلِكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَرَثَهُ . وَالثَّانِي ، يُقَوِّمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبُولٌ وَلِيَّهُ يَقُومُ مَقَامَ قَبُولِهِ ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، لَيْسَ لَوَلِيِّهِ قَبُولُهُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ . وَعَلَى الْأَوَّلِ ، يَلْزِمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِغَيْرِ ^(٢٠) ضَرَرٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا تَلْزِمُهُ تَفَقُّتُهُ . وَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ أَنْ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « بَأَنَّهُ » .

(١٤) فِي ب ، م : « مُبَاشَرَةً » .

(١٥) فِي أ ، ب ، م : « لِمَا » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « أَعْتَقَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَصَّى » .

(١٨) فِي م : « ضَرُورَةٌ » .

(١٩) فِي أ : « عَلَيْهِ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ غَيْرِ » .

يَقْبَلَهُ . فَقَبِلَهُ ، اِحْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ ^(٢١) الشَّرْعُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَ مَالَهُ بَعْبَنٍ . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ، وَتَكُونَ الْعَرَامَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَلْزَمَهُ هَذِهِ الْعَرَامَةُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ ، كَنَفَقَةِ الْحَجِّ إِذَا أَحَجَّه ^(٢٢) .

فصل : وإذا باع عبداً لذي رَحِمِهِ وَأَجْنَبِيٍّ صَفَقَةً وَاحِدَةً ، عَتَقَ كُلَّهُ ، إِذَا كَانَ ذُو الرَّحِمِ ^(٢٣) مُوسِراً ^(٢٤) ، وَضَمِنَ لِشَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ^(٢٥) : لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَا ^(٢٦) يَتِمُّ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي إِعْتِاقِ نَصِيْبِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبَهُ بِمِلْكِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِ بَاقِيَهُ مَعَ يَسَارِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِشِرَائِهِ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ قَبُولُهُ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ .

فصل : وإذا كانت أُمَةٌ مُزَوَّجَةً ، وَلَهَا ابْنٌ مُوسِرٌ ، فَاشْتَرَاهَا هُوَ وَزَوْجُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ^(٢٧) ، صَفَقَةً وَاحِدَةً ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْإِبْنِ مِنْ أُمِّهِ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيْبِ الزَّوْجِ ، وَيُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَ الْحَمْلُ عَلَيْهِمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ الزَّوْجِ وَأَخُو ^(٢٨) الْإِبْنِ ، وَلَا يَجِبُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ شَيْءٌ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِمَا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ . وَلَوْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، فَوُهِبَتْ لَهَا ، أَوْ أُوصِيَتْ لَهَا بِهَا ، فَقَبِلَهَا فِي حَالٍ ^(٢٩) وَاحِدَةٍ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قَبِلَهَا أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ قَبِلَ الْإِبْنُ أَوَّلًا ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ وَحَمْلُهَا ؛ ^(٣٠) حِصَّتُهُ مِنَ الْأُمِّ بِالْمِلْكِ ، وَبَعَثَهَا حِصَّتُهُ مِنَ الْحَمْلِ ، وَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى الْبَاقِي ^(٣١) مِنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ ^(٣٢) ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ بَاقِيهِمَا لِلزَّوْجِ . وَإِنْ قَبِلَ الزَّوْجُ أَوَّلًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ الْحَمْلُ كُلُّهُ ؛ ^(٣٣) نَصِيْبُهُ بِالْمِلْكِ ، وَبَاقِيَهُ بِالسَّرَايَةِ ، وَقَوِّمَ عَلَيْهِ ^(٣٤) . ثُمَّ إِذَا قَبِلَ الْإِبْنُ ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ كُلُّهَا ،

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، ب ، م ، « : حجه » .

(٢٣) في الأصل : « رحم » .

(٢٤) في ب ، م ، « : معسرا » .

(٢٥) في ب ، م ، « : القاضي » .

(٢٦) في أ ، ب ، م ، « : لم » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في أ ، م ، « : وأخ » .

(٢٩) في م : « : حالة » .

(٣٠-٣١) سقط من : ب .

(٣١-٣٢) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

وَيَتَقَاصَانِ ، وَيُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَضْلَ عَلَى صَاحِبِهِ . وَمَنْ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : إِنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ فِيهَا ^(٣٢) بِالْمَوْتِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَبِلَاهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نِصْفُ / عَبْدَيْنِ مُتَسَاوَيْنَيْنِ فِي الْقِيَمَةِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، ١١/١٧٧
فَأُعْتَقَ أَحَدُهُمَا فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوسِرٌ بِالنِّصْفِ الَّذِي لَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرِ ، فَإِنْ أُعْتِقَ النِّصْفُ الْآخَرُ ^(٣٣) ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ عَتَقِهِ ، وَلَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ ، وَإِنْ أُعْتِقَ الْأَوَّلُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، لَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْفُذُ عَتَقَهُ فِي ثُلْثِ مَالِهِ ^(٣٤) وَثُلْثُ مَالِهِ ^(٣٤) هُوَ الثُّلُثُ مِنَ الْعَبْدِ الَّذِي أُعْتِقَ ^(٣٥) نِصْفَهُ ، وَإِذَا أُعْتِقَ ^(٣٥) الثَّانِي ، وَقَفَّ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ ، وَإِنْ أُعْتِقَ ^(٣٥) الْأَوَّلُ فِي صِحَّتِهِ ، وَأُعْتِقَ ^(٣٦) الثَّانِي فِي مَرَضِهِ ، لَمْ يَنْفُذْ عَتَقُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، فَيَمْنَعُ صِحَّةَ عَتَقِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ^(٣٧) الْوَرَثَةُ .

فصل : إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أُعْتِقَ شَرَكَا لَهُ فِي عَبْدٍ ^(٣٨) ، فَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكَ ، وَغَرِمَ لَهُ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ ، غَرِمَا قِيَمَةَ الْعَبْدِ جَمِيعِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : تَلَزُمُهُمَا غَرَامَةُ نَصِيبِهِ ، دُونَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا إِلَّا بِعَتَقِ نَصِيبِهِ ، فَلَمْ تَلَزَمْهُمَا غَرَامَةُ مَا سِوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا قَوَّتَا عَلَيْهِ نَصِيبَهُ وَقِيَمَةَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، فَلَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ قَوَّتَاهُ بِفَعْلِهِمَا ، وَكَأَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِجُرْحٍ ، ثُمَّ سَرَى الْجُرْحُ ، وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ ، فَضَمِنَ الدِّيَّةَ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ شَهَادَتِهِمَا .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى مَيِّتٍ بِعَتَقِ عَبْدٍ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَهُوَ ثُلْثُ مَالِهِ ،

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « فِي هَذَا » .

(٣٣) فِي مِ زِيَادَةِ : « مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرِ » . وَهُوَ تَفْسِيرٌ .

(٣٤-٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « عَتَقَ » .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « الْعَتَقَ » .

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : « يُجِيزُهُ » .

(٣٨) فِي مِ : « عَهْدَ » . تَحْرِيفٌ .

فَحَكَمَ حَاكِمٌ^(٣٩) بِشَهَادَتِهِمَا ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ شَهِدَ آخَرَانِ بِعِتْقِ آخَرَ ، هُوَ ثُلُثُ مَالِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ الْأَوَّلَانِ عَنِ الشَّهَادَةِ ، نَظَرْنَا فِي تَارِيخِ شَهَادَتِهِمَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ سَابِقَةً وَلَمْ تُكَذَّبِ الْوَرِثَةُ رُجُوعُهُمَا ، عَتَقَ الْأَوَّلُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُمَا ، وَلَمْ يَغْرَمَا شَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُمَا شِرَاءُ الثَّانِي وَإِعْتَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا مَنَعَا عِتْقَهُ بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا . وَإِنْ صَدَّقُوهُمَا فِي رُجُوعِهِمَا ، وَكَذَّبُوهُمَا فِي شَهَادَتِهِمَا ، عَتَقَ الثَّانِي ، وَرَجَعُوا^(٤٠) عَلَيْهِمَا بِقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا فَوَّتَا رِقَّةَ عَلَيْهِمَا بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا ؛ وَإِنْ كَانَ تَارِيخُهَا مُتَأَخِّرًا عَنِ الشَّهَادَةِ الْآخَرَى ، بَطَلَ عِتْقُ الْمَحْكُومِ^(٤١) بِعِتْقِهِ ؛ لِأَنَّنَا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْمَيِّتَ / قَدْ أَعْتَقَ ثُلُثَ مَالِهِ قَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، وَلَمْ يَغْرَمِ الشَّاهِدَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا مَا فَوَّتَا شَيْئًا . وَإِنْ كَانَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، أَوْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَفْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ فَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الثَّانِي ، عَتَقَ ، وَبَطَلَ عِتْقُ الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَاقٍ عَلَى الرِّقِّ^(٤٢) . وَإِنْ خَرَجَتْ فُرْعَةٌ الْأَوَّلِ ، عَتَقَ ، وَنَظَرْنَا فِي الْوَرِثَةِ ، فَإِنْ كَذَّبُوا الشَّاهِدَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فِي شَهَادَتِهِمَا ، عَتَقَ الثَّانِي ، وَرَجَعُوا عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا فَوَّتَا رِقَّةَ بغيرِ حَقٍّ ، وَإِنْ كَذَّبُوهُمَا فِي رُجُوعِهِمَا ، لَمْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِمَا بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُمْ يُقْرُونَ بِعِتْقِ الْمَحْكُومِ بِعِتْقِهِ .

١٧٧/١١ ظ

١٩٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَغْيَدَ ، فَأَعْتَقَهُمْ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ دَبَّرَ أَحَدَهُمْ ، وَأَوْصَى بِعِتْقِ الْآخَرَيْنِ ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثُلُثِهِ إِلَّا وَاحِدٌ ؛ لِنَسَاوِي قِيَمَتِهِمْ ، أَفْرَعَ^(١) بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ^(٢) خُرْيَةٍ وَسَهْمِي رِقٍّ ، فَمَنْ وَقَعَ لَهُ^(٣) سَهْمُ الْخُرْيَةِ^(٤) ، عَتَقَ ذَوْنَ صَاحِبِيهِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَالتَّذْيِيرِ ، وَالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ

(٣٩) في ١ : « الحاكم » .

(٤٠) في الأصل : « ورجع » .

(٤١) في ب ، م زيادة : « له » .

(٤٢) في الأصل : « العتق » .

(١) في ب ، م : « قرع » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « لهم » .

(٤) في الأصل ، ١ : « حرية » .

مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، لَمْ يُجْزَ مِنْ^(٥) عَتَقَ الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ ، إِلَّا ثُلُثَهُمْ^(٦) . وَلَئِنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَالٍ ، أَشَبَّهَ الْهَبَةَ ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، لَمْ يُجْزَ إِلَّا الثَّلَاثُ . فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، يُدْى بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ ، حَتَّى يُسْتَوْفَى الثَّلَاثُ . وَإِنْ وَقَعَ الْعَتَقُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنَ الثَّلَاثِ ، قُرْعٌ^(٧) بَيْنَهُمْ ، فَأُخْرِجَ^(٨) الثَّلَاثُ بِالْقُرْعَةِ . وَمَسْأَلَةُ الْخِرْقَى فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْعَتَقُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ . وَأَمَّا إِنْ دَبَّرَهُمْ ، اسْتَوَى الْمُقَدَّمُ وَالْمُؤَخَّرُ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ عَتَقَ مُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَالشَّرْطُ إِذَا وَجَدَ ثَبَتَ الْمَشْرُوطُ^(٩) فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَكَذَلِكَ الْمُوصَى بِعَتَقِهِ ، يَسْتَوِي هُوَ وَالتَّدْبِيرُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ عَتَقَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَمَتَى أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَغْنِيَهُ مُتَسَاوِينَ فِي الْقِيَمَةِ ، هُمْ جَمِيعُ مَالِهِ ، دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِمْ ، أَوْ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ وَوَصَّى بِعَتَقِ بَاقِيهِمْ ، وَلَمْ يُجْزَ الْوَرِثَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، قُرْعٌ^(٧) بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ وَرَقَّ صَاحِبَاهُ . وَهَذَا / قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَأَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ جُرَيْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي بَاقِيهِ . وَرَوَى نَحْوُ هَذَا عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّحْعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَيَتَسَاوَوْنَ فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، كَالْوَكَاةِ لِكُلِّ ثَلَاثَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهُوَ ثَلَاثُ مَالِهِ ، أَوْ كَالْوَصِيِّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِرَجُلٍ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ الْقُرْعَةَ ، وَقَالُوا : هِيَ مِنَ الْقِمَارِ وَحُكْمِ الْجَاهِلِيَّةِ . وَلَعَلَّهُمْ يُرَدُّونَ الْخَيْرَ الْوَارِدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِخِلَافَتِهِ^(١٠) قِيَاسَ الْأَصُولِ^(١١) . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ لِحَمَّادٍ ، فَقَالَ : هَذَا قَوْلُ الشَّيْخِ - يَعْنِي إِبْلِيسَ - فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ ذَكْوَانَ : وَضِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةِ ؛ أَحَدُهُمُ الْمَجْنُونُ حَتَّى يُفِيْقَ - يَعْنِي إِنَّكَ^(١٢)

(٥) سقط من : ب . وفي الأصل : « لمن » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٥/٨ .

(٧) في م : « أقرع » .

(٨) في الأصل : « ويخرج » .

(٩) في ١ ، م : زيادة : « به » .

(١٠) في الأصل : « لمخالفة » .

(١١) في الأصل : « الأصل » . وفي ب : « للأصول » .

(١٢) في م : « إنه » .

مَجْنُونٌ - فَقَالَ لَهُ حَمَادٌ : مَا دَعَاكَ إِلَى هَذَا ؟ فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدٌ : وَأَنْتَ ، مَا (١٣) دَعَاكَ إِلَى هَذَا ؟ وَهَذَا قَلِيلٌ فِي جَوَابِ حَمَادٍ ، وَكَانَ حَرِيًّا أَنْ يُسْتَتَابَ عَنْ هَذَا ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا ضُرِبَتْ عَنْقُهُ (١٤) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحُصَيْنِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سِتَّةَ أَجْزَاءٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً . وَهَذَا نَصٌّ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ ، وَحُجَّةٌ لَنَا فِي الْأَمْرَيْنِ الْمُخْتَلِفِ فِيهِمَا ، وَهُمَا جَمْعُ (١٥) الْحُرِّيَّةِ وَاسْتِعْمَالُ (١٦) الْقُرْعَةِ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ثَابِتٌ ، رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَسَائِرُ أَصْحَابِ السُّنَنِ . وَرَوَاهُ عَنْ عِمْرَانَ (١٧) ابْنُ الْحُصَيْنِ (١٧) الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو الْمُهَلَّبِ ، ثَلَاثَةُ أَئِمَّةٍ . وَرَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ (١٨) ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عِيسَى ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ خَالِدِ الْحَدَّادِ ، عَنْ أَبِي قَلَابَةَ ، عَنْ أَبِي زَيْدِ الْأَنْصَارِيِّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ (١٩) أَحْمَدُ : أَبُو زَيْدِ الْأَنْصَارِيِّ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ (٢٠) . وَلَأَنَّهُ حَقٌّ فِي تَفْرِيقِهِ ضَرَرٌ ، فَوَجِبَ جَمْعُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَقِسْمَةِ الْإِجْبَارِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ (٢١) ، وَنَظِيرُهُ مِنَ الْقِسْمَةِ مَا لَوْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُهَا ، / وَفِيهَا ثَلَاثَةُ مَسَاكِينَ مُتَسَاوِيَةٍ ، لَا ضَرَرَ فِي قِسْمَتِهَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ (٢٢) ، فَإِنَّهُ يُجْعَلُ كُلُّ بَيْتٍ سَهْمًا ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمَانِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْخَبَرَ يُخَالِفُ (٢٣) قِيَاسَ

١٧٨/١١ ظ

(١٣) في م : « فما » .

(١٤) هذه الحكاية مما يُستبعد وقوعه ، وإن ثبت فهي من النوادر ، فمرجع جميع الأئمة كتاب الله الكريم وما صح عن رسوله الأمين ، وكل إنسان يؤخذ من قوله ويترك إلا رسولنا محمد ﷺ .

(١٥) في الأصل : « جميع » .

(١٦) في ب : « واستاع » .

(١٧-١٧) سقط من : الأصل ، ا .

(١٨) المسند ٣٤١/٥ .

(١٩) في الزيادة : « الإمام » .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب عتق العبيد لا يخرجون من الثلث ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٢٨٦/١٠ . وانظر : باب ما جاء في من يعتق مملوكه عند موته ، وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذ ١٢٢/٦ .

(٢١) في ا ، ب ، م : « الشريكين » .

(٢٢) في ب : « قسمتها » .

(٢٣) في ب : « مخالف » .

الأصول . نَمُنْعُ ذَلِكَ ، بَلْ هُوَ مُوَافِقٌ لَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقِيَاسُهُمْ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِلْكُهُ ^(٢٤) ثَلَاثَتَهُمْ وَحَدَهُ ، لَمْ يُمَكِّنْ جَمْعُ نَصِيْبِهِ ^(٢٥) ، وَالْوَصِيَّةُ ^(٢٦) لَا ضَرَرَ فِي تَفْرِيقِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ سَلَّمْنَا مُخَالَفَتَهُ قِيَاسَ الْأُصُولِ ، فَقَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاجِبُ الْإِتِّبَاعِ ، سَوَاءٌ ^(٢٧) وَافَقَ الْقِيَاسَ ^(٢٨) أَوْ خَالَفَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ الْمُعْصُومِ ، الَّذِي جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى قَوْلَهُ حُجَّةً عَلَى الْخَلْقِ أَجْمَعِينَ ، وَأَمَرَنَا بِإِتِّبَاعِهِ وَطَاعَتِهِ ، وَحَذَرَ الْعِقَابِ فِي مُخَالَفَةِ أَمْرِهِ ، وَجَعَلَ الْقَوَرَ فِي طَاعَتِهِ ، وَالضَّلَالَ فِي مَعْصِيَتِهِ ، وَتَطَرَّقُ الْخَطَأُ إِلَى الْقَائِسِ ^(٢٩) فِي قِيَاسِهِ ، أَغْلَبَ مِنْ تَطَرُّقِ الْعَلَطِ ^(٣٠) إِلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالْأَئِمَّةِ بَعْدَهُمْ فِي رَوَايَتِهِمْ ، عَلَى أَنَّهُمْ قَدْ خَالَفُوا قِيَاسَ الْأُصُولِ بِأَحَادِيثٍ ضَعِيفَةٍ ، فَأَوْجَبُوا الْوُضُوءَ بِالنَّبِيذِ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ ، وَنَقَضُوا الْوُضُوءَ بِالْقَهْقَهَةِ فِي الصَّلَاةِ دُونَ خَارِجِهَا ؛ وَقَوْلُهُمْ فِي مَسْأَلَتِنَا فِي مُخَالَفَةِ ^(٣١) الْقِيَاسِ وَالْأُصُولِ ، أَشَدُّ وَأَعْظَمُ ، وَالضَّرَرُ فِي مَذْهَبِهِمْ أَعْظَمُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ الثَّلَاثِ فِي الْوَصِيَّةِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ، لَا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ حَتَّى يَحْصُلَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا يَعْتَقُونَ الثَّلَاثَ ، وَيَسْتَسْعُونَ الْعَبِيدَ ^(٣٢) فِي الثَّلَاثِينَ ، فَلَا يَحْصُلُ لِلْوَرَثَةِ شَيْءٌ فِي الْحَالِ أَصْلًا ، وَيُحِيلُونَهُمْ عَلَى السَّعَايَةِ ، وَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَصْلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا فِي الشَّهْرِ ^(٣٣) إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمَانِ ، فَيَكُونُ هَذَا فِي حُكْمٍ مَنْ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ شَيْءٌ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُجْبِرُونَهُمْ عَلَى الْكَسْبِ وَالسَّعَايَةِ ، عَنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُمْ ، وَرَبَّمَا كَانَ الْمُجْبَرُّ عَلَى ذَلِكَ جَارِيَةً ، فَيَحْمِلُهَا ذَلِكَ عَلَى الْبِغَاءِ ، أَوْ عَبْدًا ، فَيَسْرِقُ أَوْ يَقْطَعُ الطَّرِيقَ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَيِّتِ ، حَيْثُ ^(٣٤) أَفْضَنُوا بِوَصِيَّتِهِ إِلَى

(٢٤) فِي ب : « مِلْكُهُمْ » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ وَابْنُ الْعَطَفِ وَحَدَّاهَا .

(٢٧-٢٨) فِي الْأَصْلِ : « فَارَقَ » .

(٢٨) فِي أ ، ب : « الْقِيَاسِ » .

(٢٩) فِي ب ، م : « الْخَطَأُ » .

(٣٠) فِي ب : « مُخَالَفَتِهِ » .

(٣١) فِي ب ، م : « الْعَبْدِ » .

(٣٢) فِي ب : « السَّهْمِ » .

(٣٣) فِي أ : « بِحَيْثُ » .

الظلم والإضرار ، وَتَحْقِيقِ / مَا يُوجِبُ لَهُ الْعِقَابَ مِنْ رَبِّهِ ، والدُّعَاءَ عَلَيْهِ مِنْ عِبِيدِهِ وَوَرَثَتِهِ . وقد رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، في الحديث الذي ذَكَرْنَاهُ فِي حَقِّ الَّذِي فَعَلَ هَذَا ، قَالَ : « لَوْ شَهِدْتُهُ لَمْ يُدْفَنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ » ^(٣٤) . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : فِي قَوْلِ الْكُوفِيِّينَ ضُرُوبٌ مِنَ الْخَطَا وَالاضْطِرَابِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ السُّنَّةِ الثَّابِتَةِ . وَأَشَارَ إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا إِنْكَارُهُمْ لِلْقُرْعَةِ ^(٣٥) ، فَقَدْ جَاءَتْ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ^(٣٦) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾ ^(٣٧) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ؛ فَقَالَ أَحْمَدُ : فِي الْقُرْعَةِ خَمْسُ سُنَنِ ؛ أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ ^(٣٨) . وَأَقْرَعَ فِي سِتَّةِ مَمْلُوكِينَ . وَقَالَ لِرَجُلَيْنِ : « اسْتَهَمَا » ^(٣٩) . وَقَالَ : « مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْمُدَاهِنِ فِيهَا ، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ » ^(٤٠) . وَقَالَ : « لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النَّدَاءِ وَالصَّغْفِ الْأَوَّلِ ، لَاسْتَهَمُوا عَلَيْهِ » ^(٤١) . وَفِي حَدِيثِ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ صَفِيَّةَ جَاءَتْ بِثَوْبَيْنِ ؛ لِيُكْفَنَ فِيهِمَا حَمْرُهُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَوَجَدْنَا إِلَى جَنْبِهِ قَتِيلًا ، فَقُلْنَا : لِحِمْرَةِ ثَوْبٍ ، وَلِلْأَنْصَارِيِّ ثَوْبٍ . فَوَجَدْنَا أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ أَوْسَعَ مِنَ الْآخَرِ ، فَأَقْرَعْنَا عَلَيْهِمَا ، ثُمَّ كَفْنَا كُلَّ وَاحِدٍ فِي الثَّوْبِ الَّذِي صَارَ لَهُ ^(٤٢) . وَتَشَاحَّ النَّاسُ يَوْمَ الْقَادِسِيَّةِ فِي الْأَذَانِ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ سَعْدٌ ^(٤٣) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى اسْتِعْمَالِهَا فِي الْقِسْمَةِ ، وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَهُمْ خِلَافًا فِي أَنَّ الرَّجُلَ يُقْرَعُ بَيْنَ

(٣٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبيداله لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ .

(٣٥) في ب : « القرعة » .

(٣٦) سورة آل عمران ٤٤ .

(٣٧) سورة الصافات ١٤١ .

(٣٨) تقدم تخريجه ، في : ٤٣٠/٩ .

(٣٩) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٥/٦ .

(٤٠) أخرجه البخاري ، في : باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه ، من كتاب الشركة ، وفي : باب القرعة في المشكلات ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ٢٣٧ . والترمذي ، في : باب منه حدثنا أحمد بن منيع ... من أبواب الفتن . عارضة الأحمدي ١٩/٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ ، ٢٧٠ .

(٤١) تقدم تخريجه ، في : ٥٤ ، ٥٣/٢ .

(٤٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٦٥/١ .

(٤٣) أخرجه البخاري ، في : باب الاستهام في الأذان ، من كتاب الأذان . صحيح البخاري ١٥٩/١ . والبيهقي ، في : باب الاستهام على الأذان ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ٤٢٨/١ .

نِسَائِهِ^(٤٤) إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ^(٤٤) بِأَحَدَاهُنَّ ، وَإِذَا أَرَادَ الْبِدَايَةَ بِالْقِسْمَةِ بَيْنَهُنَّ ، وَبَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ إِذَا تَسَاوَرَا وَتَشَاخَوْا فِي مَنْ^(٤٤) يَتَوَلَّى التَّزْوِيجَ^(٤٤) ، أَوْ مَنْ^(٤٥) يَتَوَلَّى اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا .

فصل : في كيفية القرعة ، قال أحمد : قال سعيد بن جبيرة : يُقْرَعُ بَيْنَهُم بِالْخَوَاتِيمِ . أَقْرَعَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي ثَوْبٍ ، فَأَخْرَجَ خَاتِمَ هَذَا وَخَاتِمَ هَذَا ثُمَّ قَالَ : يَخْرُجُونَ بِالْخَوَاتِيمِ ، ثُمَّ تُدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ ، فَيُخْرَجُ مِنْهَا وَاحِدًا . قال أحمد : بَأَى شَيْءٍ خَرَجَتْ مِمَّا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ، وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ رِقَاعًا أَوْ خَوَاتِيمَ . قال أصحابنا المتأخرون : الْأَوَّلَى أَنْ يَقْطَعَ رِقَاعًا صِغَارًا مُتَسَاوِيَةً ، ثُمَّ تُلْقَى فِي حِجْرِ رَجُلٍ لَمْ^(٤٦) يَحْضُرْ ، أَوْ يُعْطَى عَلَيْهَا بَنُوْبٌ ، ثُمَّ يُقَالَ لَهُ : أَدْخِلْ يَدَكَ ، وَأَخْرِجْ بُنْدَقَةً^(٤٧) . فَيَفْضُهَا^(٤٨) ، وَيَعْلَمُ مَا فِيهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَفِي كَيْفِيَةِ الْقُرْعَةِ وَالْعَتَقِ سِتُّ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَقَ عَدَدًا مِنَ الْعَبِيدِ ، لَهُمْ ثَلَاثُ صَحِيحٍ . كَثَلَاثَةٍ أَوْ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ ، وَقِيَمَتُهُمْ مُتَسَاوِيَةٌ ، وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَيُجْزَأُونَ^(٤٩) ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، جُزْءًا لِلْحُرِّيَّةِ ، وَجُزْأَيْنِ لِلرَّقِّ ، وَتُكْتَبُ ثَلَاثُ رِقَاعٍ ، فِي وَاحِدَةٍ حُرِّيَّةٌ ، وَفِي اثْنَيْنِ رَقٌّ ، وَيُتْرَكُ فِي ثَلَاثَةٍ بِنَادِقٍ ، وَتُعْطَى بَنُوْبٌ ، وَيُقَالَ لِرَجُلٍ لَمْ يَحْضُرْ : أَخْرِجْ عَلَى اسْمِ هَذَا الْجُزْءِ . فَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقُّ الْجُزْءِ الْآخَرِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ رَقٍّ ، وَتُخْرَجَتْ أُخْرَى عَلَى جُزْءٍ آخَرَ ، فَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقُّ الْجُزْءِ الثَّالِثِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الرَّقِّ ، رَقٌّ ، وَعَتَقَ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِيهِمْ . وَإِنْ شِئْتَ كَتَبْتَ اسْمَ كُلِّ جُزْءٍ فِي رُقْعَةٍ ، ثُمَّ أَخْرَجْتَ رُقْعَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْرَجْتَ^(٥٠) رُقْعَةً^(٥١) عَلَى الْحُرِّيَّةِ^(٥١) . عَتَقَ الْمُسَمَّونَ فِيهَا ، وَرَقُّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ أَخْرَجْتَ^(٥٠) رُقْعَةً عَلَى الرَّقِّ ، رَقُّ الْمُسَمَّونَ فِيهَا ، ثُمَّ تُخْرَجُ أُخْرَى

(٤٤-٤٤) سقط من : الأصل . وفي في الموضوع الثاني : « يتولى النكاح » .

(٤٥) سقط من : أ .

(٤٦) سقط من : ب .

(٤٧) في ب ، م : « بندقية » .

(٤٨) في م : « فيفضها » .

(٤٩) في ب ، م : « فيخرجون » .

(٥٠) في أ ، ب ، م : « خرجت » .

(٥١-٥١) سقط من : الأصل ، ب .

على الرُّق ، فِرْقُ الْمُسَمَّونَ فيها ، وَيَعْتَقُ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ، وَإِنْ أُخْرِجَتْ الثَّانِيَّةُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ الْمُسَمَّونَ فيها ، وَرَقَّ ^(٥٢) الثَّالِثُ . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنْ تُمَكِّنَ قِسْمَتُهُمْ أَثْلَاثًا ، وَقِيمَتُهُمْ ^(٥٣) مُخْتَلَفَةٌ ، يُمَكِّنُ تَعْدِيلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ ، كَسِئَةٍ ؛ قِيَمَةُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ^(٥٤) ثَلَاثَةُ آلَافٍ ^(٥٥) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفَانِ ^(٥٥) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفُ أَلْفٍ ، فَيَجْعَلُ الْاِثْنَيْنِ الْأَوْسَطَيْنِ جُزْءًا ^(٥٦) ، وَيَجْعَلُ اثْنَيْنِ قِيَمَةً أَحَدَهُمَا ثَلَاثَةَ آلَافٍ مَعَ آخَرِ قِيَمَتِهِ أَلْفُ جُزْءًا ، وَالْآخَرَانِ جُزْءًا ^(٥٧) ، فَيَكُونُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ ، عَلَى مَا قَدَّمَناهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . قِيلَ لِأَحْمَدَ : لَمْ ^(٥٨) يَسْتَوْوا فِي الْقِيَمَةِ ؟ قَالَ : يُقَوِّمُونَ بِالْثَمَنِ . الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ ، يَكُونُونَ مُتَسَاوِينَ فِي الْعَدَدِ مُخْتَلِفِينَ فِي الْقِيَمَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ بَيْنَ تَعْدِيلِهِمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ مَعًا ، وَلَكِنْ يُمَكِّنُ تَعْدِيلَهُمْ بِكُلِّ ^(٥٩) وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا ، كَسِئَةٍ / أَعْدِدْ ، قِيَمَةً أَحَدِهِمْ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةَ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةَ ثَلَاثَةِ أَلْفٍ ، فَإِنَّهُمْ يُعَدُّونَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ وَاحِدٍ مِثْلَ اثْنَيْنِ ، قَوْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْعَتَقُ فِي أَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ وَلَا أَقَلِّ ، وَفِي قِسْمَتِهِمْ بِالْعَدَدِ تَكَرَّرَ الْقُرْعَةُ ، وَتَبْعِيضُ الْعَتَقِ حَتَّى يَكْمُلَ الثَّلَاثُ ، فَكَانَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ أَوْلَى . بَيَّانُ ذَلِكَ ، أَنَّنَا لَوَجَعَلْنَا مَعَ ^(٦٠) الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ آخَرَ ، فَخَرَجَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ لهُمَا ، احْتَجَجْنَا أَنْ نُعِيدَ الْقُرْعَةَ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتْ عَلَى الْقَلِيلِ الْقِيَمَةِ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ ^(٦١) مِنَ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ ثَمَامُ الثَّلَاثِ . وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى اثْنَيْنِ ، قِيَمَتُهُمَا دُونَ الثَّلَاثِ ، عَتَقَا ، ثُمَّ أُعِيدَتْ ^(٦٢) لَتَكْمِيلِ

و ١٨٠/١١

(٥٢) فِي م : « دُونَ » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَقِيمَتُهُمْ » .

(٥٤-٥٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٦) فِي الْأَصْلِ : « جُزْءُ جُزْءٍ » .

(٥٧) فِي النِّسْخِ : « جُزْءٌ » .

(٥٨) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٥٩) فِي أ : « كُلٌّ » .

(٦٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : ب ، وَفِي م : « وَأَعْتَقَ » .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : « عَتَقَتْ » .

الثُلُث ، فإذا وَقَعَتْ على واحد ، كَمَلَتِ الحُرِّيَّةُ منه ، فَحَصَلَ ما ذَكَرناه من التَّبْعِيضِ والتَّكْرارِ ، ولأنَّ قِسْمَتَهُم بينَ الْمُشْتَرَكِينَ فِيهِمْ ^(٦٣) ، ^(٦٤) إِنَّمَا يُعَدُّونَ فِيهَا بِالْقِيَمَةِ ^(٦٥) دونَ الأجزاء ، فعلى هذا يُجْعَلُ الذِي قِيَمَتُهُ أَلْفُ جُزْءًا ، والاثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفُ جُزْءًا ، والثَّلاثَةِ الباقِينَ جُزْءًا ، ثم يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ ، على ما ذَكَرنا . المسألةُ الرَّابِعَةُ ، أَمَكْنَ تَعْدِيلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ دونَ الْعَدَدِ ، كَسَبْعَةِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمْ ^(٦٥) أَلْفٌ ، وقِيَمَةِ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وقِيَمَةِ أَرْبَعَةٍ أَلْفٌ ، فَيُعَدُّونَ بِالْقِيَمَةِ دونَ الْعَدَدِ ، كما ذَكَرنا . المسألةُ الْخَامِسَةُ ، أَمَكْنَ تَعْدِيلُهُمْ بِالْعَدَدِ دونَ الْقِيَمَةِ ، كَسِتَّةِ أَعْبُدِ ، قِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ سَبْعُمَائَةٍ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ خَمْسُمَائَةٍ ، فَهَهُنَا يُجَزُّهُمْ بِالْعَدَدِ ؛ لِتَعَذُّرِ تَجْزِئَتِهِمْ بِالْقِيَمَةِ ، فَيَجْعَلُ كُلُّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، وَيَضُمُّ كُلُّ وَاحِدٍ مَمَّنْ قِيَمَتُهُمَا قَلِيلَةٌ إلى وَاحِدٍ مَمَّنْ قِيَمَتُهُمَا كَثِيرَةٌ ، وَيَجْعَلُ الْمُتَوَسِّطَيْنِ جُزْءًا ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على جُزْءٍ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ ، أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مَنْ ^(٦٤) تَقَعَّ لَهُ ^(٦٤) قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ تَيْمَةً ^(٦٦) الثُّلُثِ ، وَرَقٌّ بَاقِيهِ وَالْباقُونَ ، وَإِنْ وَقَعَتِ الحُرِّيَّةُ على جُزْءٍ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَا جَمِيعًا ، ثُمَّ يَكْمُلُ الثُّلُثُ مِنَ الْباقِينَ بِالْقُرْعَةِ . المسألةُ / السَّادِسَةُ ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعْدِيلُهُمْ بِالْعَدَدِ وَلَا الْقِيَمَةِ ، ^(٦٦) ١٨٠/١١ ط كَحَمْسَةِ أَعْبُدِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُجَزَّزَّهُمْ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ، فَيَجْعَلُ أَحَدَهُمْ ^(٦٧) أَكْثَرَهُمْ قِيَمَةً ^(٦٨) جُزْءًا ، وَيَضُمُّ إلى الثَّانِي ^(٦٩) أَقَلَّ الْباقِينَ قِيَمَةً ، وَيَجْعَلُهُمَا جُزْءًا وَالْباقِينَ جُزْءًا ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقٍّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَقْرَبُ إلى مَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَيُعَدُّلُ الثُّلُثُ بِالْقِيَمَةِ على ما تَقَدَّمَ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يُجَزَّزَّهُمْ ، بَلْ تُخْرَجُ الْقُرْعَةُ على وَاحِدٍ وَاحِدٍ ^(٧٠) ، حَتَّى يَسْتَوْفَى الثُّلُثُ ، فَيَكْتَبَ خَمْسَ

(٦٣) في الأصل : « فيهما » .

(٦٤-٦٤) سقط من : الأصل .

(٦٥) في ١ : « واحد » .

(٦٦) في ١ : « قيمة » .

(٦٧) في ب : « قيمة » .

(٦٨) سقط من : ب .

(٦٩) في م زيادة : « كثير القيمة » .

(٧٠) سقط من : ب . وفي ا زيادة : « واحد » .

رِقَاعَ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرِجُ رُقْعَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الثانيةَ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ مِنْهُ تَمَامُ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانُوا ثَمَانِيَةً قِيمَتُهُمْ سَوَاءً ، ففِيهِمْ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكْتُبَ ثَمَانِي رِقَاعَ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرِجُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ رُقْعَةً بَعْدَ أُخْرَى ، حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّلَاثَ . وَالثَّانِي ، أَنْ يُجَزِّزَهُمْ أَرْبَعَةَ أَجْزَاءَ ، ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَثَلَاثَةِ رِقَاقٍ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ ، ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَ السِّتَةِ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقَاقٍ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ ، أُعِيدَتْ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ كَمَّلَ الثَّلَاثَ مِنْهُ . وَالثَّلَاثَ ، أَنْ يُجَزِّزَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، ثَلَاثَةً وَثَلَاثَةً وَاثْنَانِ ، وَيُقْرِعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقَاقٍ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ لِلْاِثْنَيْنِ عَتَقَا ، وَكَمَّلَ الثَّلَاثَ بِالْقُرْعَةِ مِنَ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ خَرَجَتْ لثَلَاثَةٍ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ^(٧١) حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقَاقٍ^(٧٢) . ذَكَرَ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْآخَرَيْنِ أَبُو الْخَطَّابِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي خَمْسَةِ أَوْ أَرْبَعَةٍ ، يَجْعَلُ أَكْثَرَهُمْ قِيمَةً مَكَانَ اِثْنَيْنِ ، إِنْ كَانَا^(٧٣) قِيمَتَهُ ، وَإِلَّا أَقْرَعَ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ قِيمَتُهُمْ وَاحِدَةً ، ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَ الَّذِي بَقِيَ وَالَّذِي تُصِيبُهُ الْقُرْعَةُ ، يَنْظُرُ مَا بَقِيَ مِنْ قِيمَتِهِ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيَعْتِقُ^(٧٤) بَحْصَتِهِ^(٧٥) ؛ فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ مَالِهِ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِ رِقَاقٍ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ^(٧٥) لِلْمُعْتِقِ مَالٌ^(٧٦) غَيْرَ الْعَبِيدِ^(٧٧) ، مِثْلًا قِيمَةِ الْعَبِيدِ أَوْ أَكْثَرُ ، عَتَقَ الْعَبِيدَ كُلَّهُمْ ،^(٧٨) بِخُرُوجِهِمْ كُلَّهُمْ^(٧٩) / مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ مِثْلِيهِمْ ، عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ^(٨٠) قَدْرُ ثُلْثِ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبِيدُ^(٨١) نِصْفَ الْمَالِ ، عَتَقَ ثُلُثَاهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا^(٨٢) ثَلَاثِي الْمَالِ ، عَتَقَ نِصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَثْسَاعِهِمْ^(٨٣) ،

و ١٨١/١١

(٧١-٧٢) فِي أ : « رِقَاقٍ وَسَهْمِي حُرِّيَّةٍ » .

(٧٢) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « كَانَتْ » .

(٧٣) فِي الْأَصْلِ : « فَيَعْتِقُ » .

(٧٤) فِي ب ، م : « حَصَّتَهُ » .

(٧٥-٧٦) فِي الْأَصْلِ : « الْمُعْتِقُ مَالَهُ » .

(٧٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْعَبِيدُ » .

(٧٧-٧٨) فِي أ ، ب ، م : « لَخُرُوجِهِمْ » .

(٧٨) فِي م زِيَادَةٌ : « كُلَّهُمْ » .

(٧٩) فِي م : « كَانَا » .

(٨٠) فِي أ : « أَثْسَاعَهُمْ » .

وطريقه أن تضرب قيمة العبيد^(٨١) في ثلاثة ، ثم تنسب إليه مبلغ التركة ، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها ، فإذا كان قيمة العبيد^(٨١) ألفاً ، وباقي التركة ألف ، ضربت قيمة العبيد^(٨١) في ثلاثة ، تكن ثلاثة آلاف ، ثم تنسب إليها الألفين ، تكن ثلثيها ، فيعتق ثلثاهم . وإن كان قيمة العبيد^(٨١) ثلاثة آلاف ، وباقي التركة ألف ، ضربت قيمتهم في ثلاثة ، تكن تسعة آلاف ، وتنسب إليها التركة كلها ، تكن أربعة أساعها . وإن كان قيمتهم أربعة آلاف ، وباقي التركة ألف ، ضربت قيمتهم في ثلاثة ، تكن اثني عشر ألفاً ، ونسبت إليها خمسة آلاف ، تكن ربعها وسدسها ، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

فصل : وإن كان على الميِّت دينٌ يحيط بالتركة ، لم يعتق منهم شيء . وإن كان يحيط ببعضها ، قُدِّم الدين ؛ لأنَّ العتق وصية ، وقد قضى رسول الله ﷺ أنَّ الدين قبل الوصية^(٨٢) . ولأنَّ قضاء الدين واجب ، وهذا تبرُّع ، وتقديم الواجب مُتَعَيِّن . وإن كان الدين بقدر نصف العبيد ، جعلوا جزأين مُعَيَّنَيْن^(٨٣) ، وكُتِبَتْ رُقْعَتَانِ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلتَّرِكَةِ ، وَخُرِجَ واحدةٌ منهما على أحد الجزأين ، فمن خرجت عليه رُقْعَةُ الدَّيْنِ بِيَع فيه ، وكان الباقي من^(٨٤) جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة ، على ما تقدَّم . وإن كان الدين بقدر ثلثهم^(٨٥) ، كُتِبَتْ ثَلَاثُ رِقَاعٍ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلتَّرِكَةِ . وإن كان بقدر ربعهم ، كُتِبَ أَرْبَعُ رِقَاعٍ ؛ رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَثَلَاثَةٌ لِلتَّرِكَةِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ رِقَاعُ التَّرِكَةِ . وإن كُتِبَ رُقْعَةُ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَةٌ لِلْحَرِّيَّةِ ، وَرُقْعَتَانِ لِلتَّرِكَةِ ، جاز . وقيل : لا / ١٨١/١١ ط

يجوز ؛ لثلاث خُرُجِ رُقْعَةِ الْحَرِّيَّةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ^(٨٦) . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مِنَ الْعَتَقِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ^(٨٦) إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وِفَاءٌ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ وِفَاءٌ ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ كَانَ الْعَتَقُ فِي أَقَلِّ مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي بَعْدَ وِفَائِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنَ الْعَتَقِ قَبْلَ وِفَائِهِ^(٨٧) .

فصل : وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم ، أو واحداً منهم غير

(٨١) في الأصل ، م : « العبد » .

(٨٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٠/٨ .

(٨٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨٤) سقط من : ا .

(٨٥) في الأصل : « ثلثه » .

(٨٦-٨٧) سقط من : ا . نقل نظر .

(٨٧) في الأصل : « وفاتهم » .

مُعَيَّنٌ^(٨٨) ، فمات أحدهم ، أقرعنا بين المَيِّتِ والأَحْيَاءِ ، فإن وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ ، حَسَبْنَاهُ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَقَوَّمْنَاهُ حِينَ الْإِعْتَاقِ ، سَوَاءٌ مَاتَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ الْقُرْعَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ^(٨٩) سَيِّدِهِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْحَيِّينِ^(٩٠) ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعُ التَّرَكَةِ ، وَلِهَذَا لَا يُعْتَقُ إِلَّا ثُلُثُهُمَا ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْمَيِّتُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْسُوبٍ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَلِهَذَا^(٩١) لَوْ أَعْتَقَ الْحَيِّينَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَيِّتَ أَحَدُ الْمُعْتَقِينَ ، فَوَجِبَ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ ، وَحُصُولُ ثَوَابِ الْعِتْقِ ، وَيَحْصُلُ هَذَا فِي الْمَيِّتِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ . فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ الْقُرْعَةُ عَلَى الْحَيِّ ، نَظَرْنَا فِي الْحَيِّ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ^(٩٢) ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ قَبْضِ الْوَارِثِ لَهُ ، لَمْ نَحْسُبْهُ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْوَارِثِ ، فَتَكُونُ التَّرَكَةُ الْحَيِّينِ^(٩٣) ، فَيُخْرَجُ ثُلُثُهُمَا مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ^(٩٤) حِينَ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِثْلَافِ^(٩٥) ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ التَّرَكَةِ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ إِلَى حِينَ قَبْضِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فَائِدَةٌ تَجَدَّدَتْ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ ، فَلَا تُحْسَبُ عَلَيْهِ مِنَ التَّرَكَةِ ، وَالتَّنْقِصَانُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الشَّارِدَ وَالْآبِقَ ، وَإِنَّمَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ مَا حَصَلَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يُحْسَبُ الْمَيِّتُ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا وَصَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ فَيَكْمُلُ ثُلُثُ الْحَيِّينِ^(٩٦) مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ . وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ قَبْضِ الْوَرِثَةِ ، حُسِبَ مِنَ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِمْ ، وَجَعَلْنَاهُ كَالْحَيِّ ، فِي تَقْوِيمِهِ مَعَهُمْ ، وَالْحُكْمُ بِإِعْتَاقِهِ إِنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، أَوْ مِنَ الثَّلَاثِينَ إِنْ وَقَعَتْ الْقُرْعَةُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَتُحْسَبُ قِيمَتُهُ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِينَ مَوْتِ سَيِّدِهِ إِلَى حِينَ قَبْضِهِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ .

١٨٢/١١

(٨٨) فِي الْأَصْلِ : « مُتَعَيَّنٌ » .

(٨٩) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٩٠) فِي الْأَصْلِ : « الْجَزْعَيْنِ » .

(٩١) فِي م : « وَلِأَنَّهُ » .

(٩٢) فِي الْأَصْلِ : « سَيِّدِهِ » .

(٩٣) فِي الْأَصْلِ : « لِلْجَزْعَيْنِ » .

(٩٤) فِي الْأَصْلِ : « قِيمَتِهِمْ » .

(٩٥) فِي أ ، ب ، م : « إِثْلَافِهِ » .

فصل : وإن^(٩٦) دَبَّرَ الثَّلَاثَةَ ، أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِمْ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، بَطَلَ تَدْبِيرُهُ ، وَالْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَأُقِرَّ عَ بَيْنَ الْحَيِّينَ^(٩٧) ، فَأُعْتِقَ مِنْ أَحَدِهِمَا ثُلُثُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يُمَكِّنُ الْحُكْمَ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ فِيهِ ؛ لَكَوْنِهِ مَاتَ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَعْتِقُ فِيهِ ، وَقَبْلَ أَنْ يَتَحَقَّقَ شَرْطُ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا ؛ فَإِنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ^(٩٨) مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ تُبَيِّنُهُ وَتُكْشِفُهُ ، وَلِهَذَا يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ^(٩٨) مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ ، حَتَّى يَكُونَ كَسْبُهُ لَهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أُقِرَّ عَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَحْيَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَصَلَ الْعِتْقُ مِنْ حِينِ مَوْتِ السَّيِّدِ .

١٩٥٨ - مسألة : قال : (وَلَوْ قَالَ لَهُمْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّكُمْ حُرٌّ . وَمَاتَ ، فَكَذَلِكَ)

أَمَّا إِذَا قَالَ لَهُمْ : كُلُّكُمْ حُرٌّ . فَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَقَدَّمَتْ ، وَشَرَحْنَاهَا . وَأَمَّا إِذَا قَالَ : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . فَإِنَّهُ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ ، فَيُخْرَجُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ فَيُعْتَقُ ، وَيَرِثُ الْبَاقُونَ ، وَسَوَاءٌ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمْ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ^(١) الثَّلَاثِ الْمَالِ^(١) ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ حَيًّا ، وَلَمْ يَتَوَّأْ أَحَدًا بَعِيْنَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّعْيِينُ ، وَأُعْتِقَ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ وَاحِدًا مِنْهُمْ^(٢) بَعِيْنَهُ .^(٣) قَبْلَ مِنْهُ^(٣) ، وَتَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ تَعْيِينُ أَحَدِهِمْ ، فَيُعْتَقُ مِنْ عَيْنِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَوَاهِ حَالَةَ الْقَوْلِ ، وَيُطَالَبُ الْمُعْتَقُ بِالتَّعْيِينِ ، فَإِذَا عَيَّنَ^(٤) أَحَدَهُمْ تَعَيَّنَ^(٥) اخْتِيَارُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَائِرِ الْعَبِيدِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَيْنِ الْعِتْقُ ابْتِدَاءً ، فَإِذَا أَوْفَقَهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، كَانَ لَهُ تَعْيِينُهُ ، كَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّ مُسْتَحَقَّ الْعِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ^(٦) ، فَلَمْ يَمْلِكْ / ١٨٢/١١ ظ

(٩٦) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

(٩٧) فِي الْأَصْلِ : « الْجَزَائِنِ » .

(٩٨-٩٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١-١) فِي م : « الثَّلَاثِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣-٣) فِي الْأَصْلِ : « قِيلَ مِنْ هُوَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « عَتَقَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « يَتَعَيَّنُ » . وَفِي م بَعْدَ ذَلِكَ زِيَادَةٌ : « حَسَبَ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « مُتَعَيَّنٌ » .

تَعْيِينَهُ ، كَالُو أَعْتَقَ الْجَمِيعَ فِي مَرَضِهِ وَلَمْ يَخْرُجُوا مِنَ الثَّلَاثِ ، وَكَالُو أَعْتَقَ مُعَيَّنًا ثُمَّ نَسِيَهُ ، وَالطَّلَاقُ كَمَسَائِلِنَا . فَأَمَّا إِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ وَلَمْ يُعَيَّنْ ، فَالْحُكْمُ عِنْدَنَا لَا يَخْتَلِفُ ، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ التَّعْيِينُ ، بَلْ يُخْرَجُ الْمُعْتَقُ ^(٧) بِالْقُرْعَةِ . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى هَذَا إِذَا قَالُوا : لَا نَدْرِي أَيُّهُمْ أَعْتَقَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُمُ التَّعْيِينُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوهُمْ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِي الْعِتْقِ ^(٨) .

فصل ^(٩) : وَلَوْ أَعْتَقَ إِحْدَى إِمَائِهِ ، ثُمَّ وَطِئَ إِحْدَاهُنَّ ، لَمْ يَتَّعَيْنِ الرُّقُّ فِيهَا . وَهَذَا قَالُوا أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَّعَيْنُ الرُّقُّ فِيهَا . لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ عِنْدَهُ تَتَّعَيْنُ بِتَعْيِينِهِ ، وَوَطْؤُهُ دَلِيلٌ عَلَى تَعْيِينِهِ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ . وَلِأَنَّ الْمُعْتَقَةَ وَاحِدَةً ، فَلَمْ تَتَّعَيْنِ بِالْوَطْءِ ، كَالُو أَعْتَقَ وَاحِدَةً ثُمَّ نَسِيَهَا .

فصل : وَإِنْ ^(١٠) أَعْتَقَ وَاحِدًا بَعَيْنَهُ ، وَنَسِيَهُ ، فَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنْ يَعْتَقَ أَحَدُهُم بِالْقُرْعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ اللَّيْثِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَذْكُرَ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَّبِينَ ، أَقْرَعَ الْوَرِثَةُ ^(١١) بَيْنَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْتَقُونَ كُلُّهُمْ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لِهَوَامَاتٍ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ ^(١٢) ، فَكَانُوا ثَلَاثَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدَرِ ثُلَاثِهِمْ ، وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدَرِ رُبْعِ قِيمَتِهِمْ . وَعَلَى هَذَا ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى مَنْ قِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنَ الرَّبْعِ ، أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ حَتَّى تَكْمُلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ قَالَ الشُّهُودُ : نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبِيدِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّ . عَتَقَ ثَلَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَسَعَى فِي بَاقِيهِ ، أَوْ رُبْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَإِنْ قَالُوا : نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ بَعْضَ عَبِيدِهِ ، وَنَسِيَنَاهُ . فَشَهَادَتُهُمْ بَاطِلَةٌ . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَلَمْ يَذْكُرَا مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ فِي الشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنْ مُسْتَحَقَّ الْعِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ^(١٣) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَعْتَقَ جَمِيعَهُمْ فِي

(٧) فِي ١ : « الْعِتْقُ » .

(٨) فِي ب ، م : « الْمُعْتَقُ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) فِي ب : « وَلَوْ » . وَفِي م : « وَإِذَا » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَتَّبِينَ » .

(١٣) فِي م : « مَبِينٌ » .

مَرَضِي مَوْتِهِ ، فَإِنْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَخَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لَوَاحِدٍ ، ثُمَّ قَالَ الْمُعْتَقُ : ذَكَرْتُ أَنْ
 الْمُعْتَقَ^(١٤) غَيْرُهُ . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّ الْأَوَّلُ / إِلَى الرَّقِّ ، وَيُعْتَقُ الذِّي عَيْنُهُ ؛ ١٨٣/١١
 لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ لَهُ الْمُعْتَقُ ، فَأَعْتَقَ^(١٥) دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْلَمْ يُقْرَعْ . وَالثَّانِي ، يَعْتَقَانِ مَعًا . وَهُوَ قَوْلُ
 اللَّيْثِ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ثَبَتَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ بِالْقُرْعَةِ ، فَلَا تَزُولُ ،
 كَسَائِرِ الْأَحْرَارِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ الْمُعْتَقِ : ذَكَرْتُ مَنْ كُنْتُ نَسِيْتُهُ . يَتَضَمَّنُ إِقْرَارًا عَلَيْهِ بِحُرِّيَّةِ
 مَنْ ذَكَرَهُ ، وَإِقْرَارًا عَلَى غَيْرِهِ ، فُقُبِلَ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ عَلَى غَيْرِهِ . وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُقْرَعْ ،
 فَإِنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، فَيُعْتَقُ مَنْ عَيْنُهُ ، وَيَرْقُ غَيْرُهُ ، فَإِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا . عَتَقَ ، وَرَقَّ
 الْبَاقُونَ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا ، لَا بَلْ هَذَا . عَتَقَا^(١٦) جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَعَ بِعَتَقِ الْأَوَّلِ
 فَلَزِمَهُ ، ثُمَّ أَقْرَعَ بِعَتَقِ الثَّانِي فَلَزِمَهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْ إِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي إِقْرَارِ
 الْوَارِثِ .

١٩٥٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا مَلَكَ نِصْفَ عَبْدٍ ، فَدَبَّرَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ
 مَوْتِهِ ، فَعَتَقَ^(١) بِمَوْتِهِ ، وَكَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفِي بِقِيَمَةِ نِصْفِهِ^(٢) الَّذِي لِشَرِيكِهِ ، أُعْطِيَ ،
 وَكَانَ كُلُّهُ حُرًّا . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّتَهُ وَإِنْ حَمَلَ ثُلُثُ
 مَالِهِ^(٣) قِيَمَةَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ وَصَّى
 بِعَتَقِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَلَمْ يَفِ ثُلُثُ مَالِهِ بِقِيَمَةِ نِصْبِ الشَّرِيكِ ، لَمْ يَعْتَقُ إِلَّا نَصِيبَهُ . بِإِخْلَافِ
 نَعْلَمُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا قَوْلًا شَاذًا ، أَوْ قَوْلَ مَنْ يَرَى السَّعَايَةَ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا
 الثُّلُثُ الَّذِي اسْتَعْرِفَتْهُ قِيَمَةُ الشَّقْصِ^(٤) ، فَيَبْقَى مُعْسِرًا ، بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ فِي صِحَّتِهِ شِقْصًا

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « الْعَتَق » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي م : « فَعَتَق » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « عَتَق » .

(١) فِي أ : « فَيُعْتَق » . وَفِي ب : « يَعْتَق » .

(٢) فِي أ ، ب ، م : « النِّصْف » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْبَعْض » .

وهو مُعْسِرٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفِي بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَسْرَى إِلَى تَصْيِبِ الشَّرِيكِ ، فَيَعْتَقُ الْعَبْدَ جَمِيعَهُ ، وَيُعْطَى الشَّرِيكُ قِيَمَةَ تَصْيِيبِهِ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لِأَنَّ ثُلْثَ الْمَالِ لِلْمُعْتَقِ الْمَلِكِ^(٥) فِيهِ تَأْمٌ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالتَّبَرُّعِ وَالْإِغْتَاقِ وَغَيْرِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى مَالِ الصَّحِيحِ ، فَيَسْرَى عِتْقُهُ ، كَسِرَايَةِ عِتْقِ الصَّحِيحِ الْمُوسِرِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَعْتَقُ إِلَّا حِصَّتَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَوْتِهِ يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، فَلَا يَبْقَى شَيْءٌ يُقْضَى مِنْهُ / ١٨٣/١١ ظ

الشَّرِيكُ . وَهَذَا قَالِ الْأَوْزَاعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يُضَارُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ سَرَى ، وَمَا دَبَّرَهُ أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِ لَمْ يَسْرَ . وَقَالَ : الرَّوَايَةُ فِي سِرَايَةِ الْعِتْقِ حَالِ الْحَيَاةِ أَصَحُّ ، وَالرَّوَايَةُ فِي وَقُوفِهِ فِي التَّذْيِيرِ أَصَحُّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ^(٦) فِي الْحَيَاةِ يَنْفُذُ فِي حَالِ مِلْكِ الْمُعْتَقِ^(٧) وَصِحَّةَ تَصَرُّفِهِ ، وَتَصَرُّفُهُ فِي ثُلْثِهِ كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، وَأَمَّا التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ ، فَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعِتْقُ بِهِ فِي حَالِ يَزُولُ مِلْكُ الْمُعْتَقِ وَتَصَرُّفَاتِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٦٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضُهُ ، وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضَ عَبْدِهِ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَنِصْفُ عَبْدِي حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ كَانَ النَّصْفُ^(١) الْمُدَبَّرُ ثُلْثَ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسْرَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَبَّرَهُ كُلَّهُ لَمْ يَعْتَقِ مِنْهُ إِلَّا ثُلْثَهُ ، فَإِذَا لَمْ يَدَبِّرْ إِلَّا ثُلْثَهُ كَانَ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ ، فَفِي تَكْمِيلِ الْحُرِّيَّةِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُكْمَلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ يَرَوْنَ التَّذْيِيرَ كَالْإِغْتَاقِ فِي السَّرَايَةِ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِغْتَاقٌ لِبَعْضِ عَبْدِهِ ، فَعَتَقَ^(٢) جَمِيعَهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ فِي حَيَاتِهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يُكْمَلُ^(٣) الْعِتْقُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ ، فَلَا يَسْرَى ، كَتَعْلِيلِهِ بِالصَّفَةِ .

(٥) فِي ب ، م : « وَالْمَلِكُ » .

(٦) فِي م : « مُعْتَقٌ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْعِتْقُ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي أ ، ب : « فَيَعْتَقُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « يَكُونُ » .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أُعْتِقَ بَعْضُ عَبْدِهِ فِي مَرَضِهِ ، فَهُوَ كَعَتَقٍ ^(٤) جَمِيعِهِ ، إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ عَتَقَ ^(٥) جَمِيعُهُ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ فِي الْمَرَضِ كَالْإِعْتَاقِ فِي الصَّحَّةِ ، إِلَّا فِي اعْتِبَارِهِ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَنَصَرُفُ الْمَرِيضِ فِي ثُلَاثِهِ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ ، كَتَصَرُفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، ^(٦) كَمَا لَوْ أُعْتِقَ شِرْكَاءُ لَهُ فِي عَبْدٍ ، وَثُلَاثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ^(٦) . وَعَنْهُ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ ^(٥) .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْحَالِ لِشَرِيكِهِ شَيْءٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ الْجُزْءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ، إِذَا خَرَجَ مِنْ ثُلَاثِ مَالِهِ . وَفِي / ١٨٤/١١ وَ سِرَّائِهِ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ^(٧) . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا دَبَّرَ نَصِيبَهُ ، تَقَاوَمَاهُ ، فَإِنْ صَارَ لِلْمُدَبِّرِ ، صَارَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ ، وَإِنْ صَارَ لِلْآخَرِ ، صَارَ ^(٨) رَقِيقًا كُلَّهُ . وَقَالَ اللَّيْثُ : يَغْرُمُ الْمُدَبِّرُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ، وَيَصِيرُ الْعَبْدُ كُلُّهُ مُدَبَّرًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، سَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، فَإِذَا أَذَاهَا ، صَارَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَضْمَنُ الْمُدَبِّرُ لِلشَّرِيكِ قِيمَةَ حَقِّهِ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، وَيَصِيرُ الْمُدَبَّرُ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ ؛ إِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ صَاحِبَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَغْلِيْقٌ لِلْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ ، فَصَحَّ فِي نَصِيبِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَهُ بِمَوْتِ شَرِيكِهِ .

١٩٦١ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَعْتَقَهُمْ ، وَثُلَاثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، فَأَعْتَقْنَاهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، بَعَانَهُمْ فِي دِينِهِ)

وجملته أن المريض إذا أعتق عبيده في المرض ، أو دبرهم ، أو وصى بعقبتهم ،

(٤) في الأصل : « كعتقه » .

(٥) في الأصل : « أعتق » .

(٦-٦) جاء هذا في بعد قوله : « بقدر الثلث » . السابق .

(٧) في م : « وقبلها » .

(٨) سقط من : ١ .

ومات^(١) ، وهم يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلَاثِهِ فِي الظَّاهِرِ ، فَأَعْتَقْنَا هُمْ ، ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ^(٢) دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ التَّرَكَّةَ ، تَبَيَّنَا بَطْلَانَ عِتْقِهِمْ ، وَبَقَاءَ رَقَبِهِمْ ، فُبَاعُوا فِي الدَّيْنِ ، وَيَكُونُ عِتْقُهُمْ وَصِيَّةً ، وَالَّذِينَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ ؛ وَلِهَذَا قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ^(٣) . وَلِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ بِالِاتِّفَاقِ ، وَلِهَذَا تُبَاغِ التَّرَكَّةُ^(٤) فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٥) . وَالْمِيرَاثُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي الثَّلَاثِينَ ، فَمَا تَقَدَّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ ، يَجِبُ أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى الْوَصِيَّةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَرَدَّ ابْنُ أَبِي لَيْلَى عَبْدًا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . قَالَ أَحْمَدُ : أَحْسَنَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً فِي الَّذِي يُعْتَقُ عَبْدُهُ فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، وَيُرَدُّ الْبَاقِي . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ : يَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرَّعَ^(٦) فِي مَرَضِ مَوْتِهِ / بِمَا يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَقُدِّمَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، كَالْهَبَةِ ، وَلِأَنَّهُ مُعْتَبَرٌ^(٧) مِنَ الثَّلَاثِ ، فَقُدِّمَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، كَالْوَصِيَّةِ ، وَخَفَاءُ الدَّيْنِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْغَرِيمُ اسْتِيفَاءَهُ . فَعَلَى هَذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ وَقَدْ اسْتَحَقَّهُمُ الْغَرِيمُ بِدَيْنِهِ ، فَلَمْ يَنْفَذْ عِتْقَهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ مَلَكٌ غَيْرَهُ . فَإِنْ قَالَ الْوَرِثَةُ : نَحْنُ نَقْضِي الدَّيْنَ ، وَنُمْضِي الْعِتْقَ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْفَذُ حَتَّى يَنْفَذُوا^(٨) الْعِتْقَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ كَانَ مَانِعًا مِنْهُ ، فَيَكُونُ بَاطِلًا ، وَلَا يَصِحُّ بَزْوَالِ الْمَانِعِ بَعْدَهُ^(٩) . وَالثَّانِي ، يَنْفَذُ الْعِتْقَ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْهُ إِنَّمَا هُوَ الدَّيْنُ ، فَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ نَفْذُهُ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الْوَرِثَةُ حُقُوقَهُمْ مِنْ ثُلَاثِي التَّرَكَّةِ ، نَفَذَ الْعِتْقَ فِي الْجَمِيعِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ

ظ ١٨٤/١١

(١) في م زيادة : « ثم ظهر عليه دين » .

(٢-٢) في م : « ظهر عليه » .

(٣) تقدم تخرجه ، في : ٣٩٠/٨ .

(٤-٤) في الأصل : « لقضاء » .

(٥) سورة النساء ١١ .

(٦) في الأصل : « يتبرع » .

(٧) في م : « يعتبر » .

(٨) في ١ ، ب ، م : « يبتدئوا » .

(٩) سقط من : الأصل .

وَجْهَان ، كَهَذَيْن . وقالوا : إن أَصْلَ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَصَرَّفَ الْوَرَثَةُ فِي التَّرِكَةِ بِيَعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ ، وَفُضِيَ الدَّيْنُ ، هَلْ يَتَفَذُّ فِيهِ وَجْهَان .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدَ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، ^(١٠) «فَأَقْرَعَ الْوَرَثَةُ» ، فَأَعْتَقُوا وَاحِدًا ، وَأَرْقُوا اثْنَيْنِ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ نَصْفَهُمْ ، ففِيهِ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ الْقُرْعَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ شَرِيكَ فِي الْإِقْرَاعِ ، فَإِذَا حَصَلَتِ الْقِسْمَةُ مَعَ عَدَمِهِ كَانَتْ بَاطِلَةً ، كَمَا لَوْ قَسَمَ شَرِيكَانِ دُونَ شَرِيكَيْهِمَا الثَّلَاثَ . الثَّانِي ، يَصِحُّ الْإِقْرَاعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِمْضَاءً ^(١١) الْقِسْمَةِ ، وَإِفْرَادُ حِصَّةِ الدَّيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ، لِأَنَّ الْقُرْعَةَ دَخَلَتْ لِأَجْلِ الْعِتْقِ دُونَ الدَّيْنِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : أَقْضُوا ثَلَاثِي الدَّيْنِ . وَهُوَ بِقَدْرِ قِيَمَةِ نِصْفِ الْعَبْدَيْنِ اللَّذَيْنِ بَقِيَا ، إِمَّا مِنَ الْعَبِيدِ ، وَإِمَّا مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَجِبَ رَدُّ نِصْفِ الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، فَإِذَا كَانَ الَّذِي أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا ^(١٢) بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَكَانَ بِقَدْرِ سُدْسِ التَّرِكَةِ ، عَتَقَ ، وَبِيعَ الْآخَرُ فِي الدَّيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ السُّدْسِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ثَمَامُ السُّدْسِ .

١٩٦٢ — مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَعْتَقَهُمْ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، / فَأَعْتَقْنَا مِنْهُمْ وَاحِدًا ؛ ١٨٥/١١ وَ لِعَجَزِ ثُلَاثِهِ عَنْ أَكْثَرِ مِنْهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلَاثِهِ ، عَتَقَ مَنْ أَرَقَ مِنْهُمْ)

وجملته أنه إذا أعتق ثلاثة في مرضه ، لم يُعرف له مالٌ غيرهم ، أو دبرهم ، أو وصى بعقبتهم ، لم يعتق منهم إلا ثلثهم ، ويرق الثلثان ، إذا لم يُجزِ الورثة عتقهم ، فإذا فعلنا ذلك ، ثم ظهر له مالٌ ^(١) بقدر مثلثيهم ، تبيننا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم ، أو من حين موته إن كان دبرهم ؛ لأن التدبير ونصرف ^(٢) المريض في ثلث ماله جائز نافذ ، وقد بان أنهم ثلث ماله ، وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجودًا ، فلا يمنع كون العتق واقعًا . فعلى

(١٠-١١) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : « انقضاء » .

(١٢) في الأصل : « أقرع » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ١ : « وتصريف » .

هذا ، يكونُ حُكْمُهُمْ حُكْمُ الْأَحْرَارِ مِنْ حِينَ أُعْتَقَهُمْ ، فيكونُ كَسْبُهُمْ لَهُمْ . وإن كانوا قد تُصَرَّفَ فِيهِمْ بَيْعٌ ، أَوْ هِبَةٌ ، أَوْ رَهْنٌ ، أَوْ تَرْوِيجٌ بغيرِ إِذْنٍ ، كان ذلك باطلاً . وإن كانوا قد تَصَرَّفُوا ، فحُكْمُ تَصَرُّفِهِمْ حُكْمُ تَصَرُّفِ الْأَحْرَارِ ، فلو تَرَوَّجَ عَبْدٌ مِنْهُمْ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كان نكاحُهُ صَاحِبًا ، وَالْمَهْرُ عَلَيْهِ وَاجِبٌ ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ، عَتَقَ ثُلَاثَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣) ثَلَاثُ جَمِيعِ الْمَالِ ، فيُفْرَعُ بَيْنَ الْأَثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ أَوْفَقْنَاهَا ، فيُعْتَقُ أَحَدُهُمَا ، وَيَبْقَى الْآخَرُ ، إِنْ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْقِيَمَةِ . وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ بِقَدْرِ نِصْفِهِمْ ، عَتَقَ نِصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِ ثُلُثِهِمْ ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَثْسَاعِهِمْ ، وَكُلَّمَا ظَهَرَ لَهُ مَالٌ ، عَتَقَ مِنَ الْعَبْدَيْنِ اللَّذَيْنِ رَقًّا بِقَدْرِ ثُلَاثِهِ .

فصل : وإذا وصَّى بعِتْقِ عَبْدٍ لَهُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلَاثِهِ ، وَجَبَ عَلَى الْوَصِيِّ إِعْتَاقُهُ ، فَإِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ وَرَثَتُهُ ، لَزِمَهُمْ إِعْتَاقُهُ ، فَإِنْ اِمْتَنَعُوا ، أَجْبَرَهُمُ السُّلْطَانُ ، فَإِنْ أَصْرُوا عَلَى الْاِمْتِنَاعِ ، أَعْتَقَهُ السُّلْطَانُ ، أَوْ مَنْ يَنْوُبُ مَنَابَهُ ، كَالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَلِلْعَبْدِ ، وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، نَابَ السُّلْطَانُ عَنْهُ أَوْ نَائِبُهُ ، كَالزَّكَاةِ ^(٤) وَالذُّيُونِ . فإذا أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ أَوْ السُّلْطَانُ ، عَتَقَ ، وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، ^(٥) (فهو للموصى) ، يكونُ مِنْ جُمْلَةِ تَرَكَّتِهِ إِنْ بَقِيَ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ / كَسَبَ عَبْدُهُ الْقِنْ ، وَمَا كَسَبَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، فهو للوارث . وقال القاضي : هو للعبد ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ سَبَبِ الْعِتْقِ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَكَسَبِ الْمُكَاتَبِ . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : فِيهِ قَوْلَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي كَسَبِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِهِ قَبْلَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ قِنْ ، فَكَانَ كَسْبُهُ لِلْوَرِثَةِ ، كَغَيْرِ الْمُوصَى بَعْتَقِهِ ، وَكَالْمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ ، وَفَارَقَ الْمُكَاتَبَ ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ كَسْبَهُ قَبْلَ عِتْقِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَهُ . وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِأَمِّ الْوَلَدِ ؛ فَإِنَّ عِتْقَهَا قَدْ اسْتَقَرَّ سَبَبُهُ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا ، وَكَسَبُهَا لَهُ . وَالْمُوصَى بِهِ لَا يُسَلِّمُهُ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّ الْمُوصَى بِهِ قَدْ تَحَقَّقَ فِيهِ سَبَبُ الْمِلْكِ ، وَإِنَّمَا وَقَفَ عَلَى شَرْطِهِ هُوَ الْقَبُولُ ، فإذا

(٣) فِي م : « لِأَنَّهُمَا » .

(٤) فِي ب : « كَالْوَكَاةِ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ أ .

وَجِدَ الشَّرْطُ ، اسْتَنَّدَ الْحُكْمُ إِلَى ابْتِدَاءِ السَّبَبِ ، وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ^(٦) مَا وَجَدَ السَّبَبُ ، وَإِنَّمَا أَوْصَى بِإِبْجَادِهِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ ، فَإِذَا وَجِدَ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَّبِعَ حُكْمَهُ سَابِقًا عَلَيْهِ ، وَهَذَا يَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ أَنْ يَقْبَلَ بِنَفْسِهِ ، وَهَهُنَا لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ أَنْ يَعْتِقَ نَفْسَهُ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ ^(٧) مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَقَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، فَمَا كَسَبَهُ لِلْوَرِثَةِ ، عَلَى قَوْلِنَا ، وَلَا أَعْلَمُ قَوْلَ مَنْ خَالَفَنَا فِيهِ .

فصل : فَإِنْ عَلِقَ عِتْقُ عَبْدِهِ عَلَى شَرْطٍ فِي صِحَّتِهِ ، فَوَجَدَ فِي مَرَضِهِ ، اُعْتَبِرَ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ ، قَالَ : وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مِثْلِ هَذَا فِي الطَّلَاقِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّهِمُ فِيهِ ^(٨) ، فَأُشْبِهَ الْعِتْقُ فِي صِحَّتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ فِي حَالِ تَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِثَلَاثِي مَالِهِ ، فَاعْتَبِرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْمُنْجَزِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَتَّهِمُ فِيهِ . قُلْنَا : وَكَذَلِكَ الْعِتْقُ الْمُنْجَزُ ، لَا يَتَّهِمُ فِيهِ ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتَّهِمُ بِمُحَابَاةٍ غَيْرِ الْوَارِثِ ، وَتَقْدِيمِهِ عَلَى وَارِثِهِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْوَرِثَةِ ، وَهَذَا حَاصِلُ هُنَا . وَلَوْ قَالَ : إِذَا قَدَّمَ زَيْدَ ، وَأَنَا مَرِيضٌ ، / فَأَنْتَ حُرٌّ . فَقَدِمَ وَهُوَ مَرِيضٌ ، كَانَ مُعْتَبَرًا مِنَ الثَّلَاثِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ . رَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي أُيُوبَ ، وَأَنْسِ بْنِ مَالِكٍ ^(٩) . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ حَمَّادٍ ، وَالثَّبَّتِيُّ ، وَدَاوُدَ بْنِ أَبِي هِنْدٍ ، وَحُمَيْدٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ : يَتَّبِعُهُ مَالُهُ ؛ لِمَا رَوَى نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ » . رَوَاهُ

(٦) فِي النسخ : « وَبِالْعِتْقِ » .

(٧) فِي مَزِيدٍ : « تَمَامٌ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ ب .

(٩) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَعْتِقُ الْعَبْدَ لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٤١٧/٦ ،

٤١٨ . وَأَخْرَجَهُ ، عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَأَنْسَ ، عَبْدَ الرِّزَاقِ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْعَبْدِ لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُصَنَّفُ

١٣٤/٩ ، ١٤٥ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَالِ الْعَبْدِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

٣٢٦/٥ .

الإمام أحمد ، بإسناده^(١٠) ، وغيره^(١١) . ورَوَى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ ، عن أَيُّوبَ ، عن نَافِعٍ ، عن ابن عمر ، أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَعْزُضْ^(١٢) لِمَالِهِ^(١٣) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْأَثَرُمُ ، بإسناده عن ابن مسعود ، أَنَّهُ قَالَ لُغْلَامِهِ عُمَيْرُ : يَا عُمَيْرُ ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَعْتَقَكَ عِتْقًا هَيِّئًا ، فَأُخْبِرْنِي بِمَالِكَ ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ، أَوْ غُلَامَهُ ، فَلَمْ يُخْرِهِ بِمَالِهِ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ »^(١٤) . وَلَأنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ كَانَا جَمِيعًا لِلْسَيِّدِ ، فَأَزَالَ مِلْكَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، فَبَقِيَ مِلْكُهُ فِي الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى هَذَا حَدِيثُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ »^(١٥) الْمُبْتَاعُ^(١٦) . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَمْرٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يَرْوِيهِ عُبيدُ اللَّهِ^(١٧) بن أَبِي جَعْفَرٍ مِنْ أَهْلِ مِصْرَ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي الْحَدِيثِ ، كَانَ صَاحِبَ فِقْهِ ، فَأَمَّا فِي الْحَدِيثِ فَلَيْسَ هُوَ فِيهِ بِالْقَوِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْوَلِيدِ^(١٨) : هَذَا الْحَدِيثُ خَطَأٌ ، فَأَمَّا فَعَلُ ابْنِ عَمْرٍ ، فَإِنَّهُ تَفَضَّلَ مِنْهُ عَلَى مُعْتَقِهِ . قِيلَ لِلْإِمَامِ أَحْمَدَ : كَانَ هَذَا عِنْدَكَ عَلَى التَّفْضِيلِ^(١٩) ؟ فَقَالَ : إِي لَعَمْرِي عَلَى التَّفْضِيلِ^(٢٠) . قِيلَ لَهُ : فَكَأَنَّهُ عِنْدَكَ لِلْسَيِّدِ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، لِلْسَيِّدِ ، مِثْلَ الْبَيْعِ ، سَوَاءٌ .

١٩٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ . فِي وَقْتِ سَمَائِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ حَتَّى يَأْتِيَ ذَلِكَ الْوَقْتُ)

وجملة ذلك أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ عَلَى مَجِيءِ وَقْتِ ، مِثْلَ قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ . وليس في المسند . وانظر : إرواء الغليل ١٧٢/٦ .

(١٢) في الأصل : « يتعرض » .

(١٣) انظر : تفرغ الحديث السابق .

(١٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ .

(١٥) في ١ : « يشترط » .

(١٦) تقدم تفرجه ، في : ٢١/٦ .

(١٧) في ب ، م : « عبد الله » . وانظر : ميزان الاعتدال ٤/٣ .

(١٨) أي الطيالسي هشام بن عبد الملك ، أمير المحدثين ، متقن ، توفي سنة سبع وعشرين ومائتين . الأنساب ٢٨٣/٨ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « التفضيل » .

في رأس/ الحَوْل . لم يَعْتَقْ حتى يَأْتِيَ رأسُ الحَوْل ، وله بَيْعُهُ ، وَهَبَتُهُ ، وإِجَارَتُهُ ، وَوَطْءُ ١٨٦/١١ ظ
الْأَمَةِ . وبهذا قال الأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . قال أحمدُ : إِذَا قَالَ لِلْغُلَامِ : أَنْتَ
حُرٌّ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ فُلَانٌ ، وَمَجَى فُلَانٍ . وَاحِدٌ ، وَ : إِلَى رَأْسِ السَّنَةِ ، وَإِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ .
إِنَّمَا يُرِيدُ إِذَا جَاءَ رَأْسُ السَّنَةِ ، أَوْ جَاءَ رَأْسُ الْهَلَالِ مِنْهُ ، وَإِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ إِذَا جَاءَ
الْهَلَالُ . إِنَّمَا تُطْلَقُ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الْهَلَالِ . وقال إسحاقُ كما قال أحمدُ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ،
أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي رَأْسِ الْحَوْلِ . عَتَقَ فِي الْحَالِ . والذي (١) حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ
عَنْهُ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ جَارِيَةً ، لَمْ يَطَّأْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا (٢) ، وَلَا يَهْبِئُهَا (٣) ، وَلَا
يَبِيعُهَا (٤) ، وَلَا يُلْحَقُهَا نَسَبٌ (٥) ، وَإِنْ مَاتَ السَيِّدُ قَبْلَ الْوَقْتِ ، كَانَتْ حُرَّةً عِنْدَ الْوَقْتِ ،
مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَطَّوُّهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ
أَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ أَبِي دَرٍّ ، أَنَّهُ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ عَتِيقٌ إِلَى رَأْسِ الْحَوْلِ (٦) . فَلَوْلَا أَنَّ الْعِتْقَ
يَتَعَلَّقُ (٧) بِالْحَوْلِ ، لَمْ يُعَلِّقْهُ عَلَيْهِ (٨) ، وَلَئِنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِصِفَةٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهَا ، كَمَا لَوْ
قَالَ : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَى أُلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَاسْتَحَقَّاقُهَا لِلْعِتْقِ لَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ ، كَالَا سِتِيلَادِ ،
وَلَا يَلْزَمُ الْمَكَاتِبَةَ ، لِأَنَّهَا اشْتَرَتْ نَفْسَهَا مِنْ سَيِّدِهَا بِعَوَضٍ ، وَزَالَ مِلْكُهُ عَنْ
أَكْسَابِهَا (٩) ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا جَاءَ الْوَقْتُ وَهُوَ فِي مِلْكِهِ ، عَتَقَ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ خَرَجَ عَنْ
مِلْكِهِ ؛ بَيْعٍ ، أَوْ مِيرَاثٍ ، أَوْ هِبَةٍ (١٠) ، لَمْ يَعْتَقْ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وَالشَّافِعِيُّ . وقال
النَّخَعِيُّ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ فَعَلْتَ كَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ بَيْعًا

(١-١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « بسببه رق » .

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٤١٠/١٠ .

(٦) في الأصل : « تعلق » .

(٧) في م زيادة : « لعدم فائدته » .

(٨) في الأصل : « اكسأبها » .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

صَحِيحًا ، ثُمَّ فَعَلَ ذَلِكَ الْفِعْلَ ، عَتَقَ ، وَانْتَقَضَ الْبَيْعُ . قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا حَلَفَ
بِالطَّلَاقِ : لَا كَلَّمْتُ فُلَانًا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا بَائِنًا ، ثُمَّ كَلَّمَهُ ، حَنِثَ . وَعَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى
خِلَافِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « لَا طَلَّاقَ وَلَا عَتَاقَ وَلَا بَيْعَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ
ابْنُ آدَمَ » ^(١٠) . وَلَئِنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ ، فَلَمْ يَقَعْ طَلَّاقُهُ وَلَا عَتَاقُهُ ، / كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ
مُتَقَدِّمٌ ^(١١) .

١٨٧/١١

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ عَشْرَةَ أَسْوَاطٍ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَمْ يَنْوُقْ بَعِيْنَهُ ، لَمْ
يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَ ^(١٢) وَلَمْ يُوجِدِ الضَّرْبُ ^(١٣) ، وَإِنْ بَاعَهُ قَبْلَ ذَلِكَ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَلَمْ
يُفْسَخْ ^(١٤) . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ بَاعَهُ ، فَسِيخَ الْبَيْعِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، فَصَحَّ وَلَمْ يَنْفَسَخْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ
حُرٌّ . وَبَاعَهُ قَبْلَ دُخُولِهَا .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَدَخَلَ
الدَّارَ ، عَتَقَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَعْتِقُ ؛ لِأَنَّ
مِلْكَهُ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْدِ الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَقَعْ الْعِتْقُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ الصِّفَةَ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ
عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَلَّقَ الصِّفَةَ فِي مِلْكِهِ ، وَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ فِي مِلْكِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَحْنَثَ ، كَمَا لَوْ
لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا عُلِّقَ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ ^(١٥) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ نَجَزَ الْعِتْقُ لَمْ يَقَعْ ،
فَإِذَا عُلِّقَ كَانَ أَوَّلَى بَعْدَ الْوُقُوعِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِهِ ، ثُمَّ
اشْتَرَاهُ ، وَدَخَلَ الدَّارَ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ . وَذَكَرَ عَنْهُ ، رَوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّهُ
يَعْتِقُ . وَرَوَى عَنْهُ فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ يَقَعْ ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ وَالشَّرْطَ وَجَدَا فِي مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ
يَتَحَلَّلْهُمَا دُخُولٌ . وَوُجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِتْقَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ ، فَإِذَا وَجَدَ
مَرَّةً ، انْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، وَقَدْ وَجَدَ الدُّخُولَ فِي مِلْكِهِ غَيْرِهِ ، فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، فَلَمْ يَقَعْ الْعِتْقُ

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٢٦/٦ .

(١١) في الأصل : « مقدم » .

(١٢-١٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٣) في ب ، م : « ينفسخ » .

(١٤) في م زيادة : « وتحقق الشرط في ملكه » .

به بعد ذلك ، ويُفارق العتاق الطلاق ، من حيث إن النكاح الثاني يُبْنَى على النكاح الأول ؛ بدليل أن طلاقه في النكاح الأول يُحْسَبُ عليه في النكاح الثاني ، ويُقْصَرُ به عَدْدُ طلاقه ، والمِلْكُ باليمين بخلافه .

فصل : وإذا قال لعبد له مُقَيَّدٌ : هو حُرٌّ إن حلَّ قَيْدَهُ . ثم قال : هو حُرٌّ إن لم يكن في / ١٨٧/١١ ظ
قَيْدِهِ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ . فشَهِدَ شاهداً عند الحاكم ، أن وَزْنَ قَيْدِهِ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ ، فَحَكَمَ بِعِتْقِهِ ، وأَمَرَ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، فَوُزِنَ^(١٥) فُوجِدَ وَزْنُهُ عَشْرَةَ أَرْطَالٍ ، عَتَقَ الْعَبْدُ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، وَبَيَّنَّا أَنَّهُ مَا عَتَقَ بِالْشَّرْطِ الَّذِي حَكَمَ الْحَاكِمُ بِعِتْقِهِ بِهِ . وَهَلْ يَلْزَمُ الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانُ^(١٦) قِيَمَتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُمَا ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا الْكَاذِبَةَ سَبَبٌ عِتْقِهِ وَإِثْلَافِهِ ، فَضَمِنَاهُ ، كَالشَّهَادَةِ الْمَرْجُوعِ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ عِتْقَهُ حَصَلَ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ الْمَبْنِيِّ عَلَى الشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ ، فَأُشْبِهَ الْحُكْمَ بِالشَّهَادَةِ الَّتِي يَرْجَعَانِ عَنْهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا^(١٧) ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَمْ يَحْصُلْ بِالْحُكْمِ الْمَبْنِيِّ عَلَى شَهَادَتِهِمَا ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِحَلِّ قَيْدِهِ ، وَلَمْ يَشْهَدَا بِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَضْمَنَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَحْكَمْ الْحَاكِمُ .

فصل : وإن قال لعبد : أنت حرٌّ متى شئت . لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق ، سواء كان على الفور أو التراخي . وإن قال : أنت حرٌّ إن شئت . فكذلك . ويَحْتَمَلُ أَنْ يَقِفَ ذَلِكَ عَلَى الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ التَّخْيِيرِ ، وَلَوْ قَالَ لِأَمْرَأَةٍ : اخْتَارِي نَفْسَكَ . لَمْ يَكُنْ لَهَا إِلَّا اخْتِيَارُ أَلَا عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِنْ تَرَاخَى ذَلِكَ ، بَطَلَ اخْتِيَارُهَا ، كَذَا نَعْلِيْقُهُ بِالْمَشِيئَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْرَنَ بِزَمَنْ يَدُلُّ عَلَى التَّرَاخِي . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ كَيْفَ شِئْتَ . احْتَمَلُ أَنْ يَعْتَقَ فِي الْحَالِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ « كَيْفَ » لَا تَقْتَضِي شَرْطاً وَلَا وَقْتاً وَلَا مَكَاناً ، فَلَا تَقْتَضِي تَوْقِيفَ الْعِتْقِ ، وَإِنَّمَا هِيَ صِفَةٌ لِلْحَالِ^(١٨) ، فَتَقْتَضِي وَقُوعَ الْحُرِّيَةِ

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في الأصل زيادة : « عتق » .

(١٧) في ب ، م : « عليها » .

(١٨) في الأصل : « الحال » .

على أى حال شاء . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَنْعَتَقَ حَتَّى يَشَاءَ . وهو قولُ أبى يوسف ، ومحمد ؛ لأنَّ المَشِيئَةَ تَقْتَضِي الخِيَارَ ، فَتَقْتَضِي أَنْ لَا يَنْعَتَقَ قَبْلَ اخْتِيَارِهِ ، كما لو قال : أَنْتَ حُرٌّ مَتَى شِئْتَ . لأنَّ « كَيْفَ » تُعْطَى ^(١٩) مَا تُعْطَى ^(٢٠) « مَتَى » ، و « أَى » ، فُحْكُمُهَا حُكْمُهَا . وقد ذكر أبو الحَطَّابِ في الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِرَؤُوسَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ مَتَى شِئْتَ ، وَكَيْفَ شِئْتَ ، وَحَيْثُ شِئْتَ . لَمْ تُطَلِّقْ حَتَّى تَشَاءَ ، فَيَجِىءُ هُنَا مِثْلُهُ . ١٨٨/١١

فصل : وَتَعْلِيْقُ الْعِتْقِ عَلَى أَداءِ شَيْءٍ ، يَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْلِيْقُ ^(٢١) عَلَى صِفَةٍ مَحْضَةٍ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ أَدَيْتَ إِلَى الْفَأْ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فهذه صِفَةٌ لَازِمَةٌ ، لَا سَبِيلَ إِلَى إِبْطَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَلْزَمُهَا نَفْسَهُ طَوْعًا ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالُهَا ، كما لو قال : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَوْ اتَّفَقَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ عَلَى إِبْطَالِهَا ، لَمْ تَبْطُلْ ؛ لِذَلِكَ ^(٢٢) . وَلَوْ أَبْرَأَهُ ^(٢٣) السَّيِّدُ مِنَ الْأَلْفِ ، لَمْ يَنْعَتَقْ بِذَلِكَ ، وَلَمْ يَبْطُلِ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ يُبْرِئُهُ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَعْلِيْقٌ عَلَى شَرْطٍ مَحْضٍ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، انْفَسَخَتِ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَ زَالَ عَنْهُ ، فَلَا يَنْفَعُ عِتْقُهُ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ . وَإِنْ زَالَ مِلْكَهُ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ ، زَالَتِ الصِّفَةُ ، فَإِنْ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ ، عَادَتْ ^(٢٤) ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلَ . وَمَتَى وَجَدَتِ الصِّفَةُ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَجْدِيدِ إِعْتِنَاقٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكِ مُعَلَّقٍ ^(٢٥) عَلَى صِفَةٍ ، وَهُوَ قَابِلٌ لِلتَّعْلِيْقِ ، فَيُوجَدُ بِوُجُودِ الصِّفَةِ ، كَالطَّلَاقِ ، وَمَا يَكْسِبُهُ الْعَبْدُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ عَقْدٌ يَمْنَعُ كَوْنَ كَسْبِهِ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنْ مَا يَأْخُذُهُ السَّيِّدُ مِنْهُ ، يَحْسِبُهُ مِنَ الْأَلْفِ الَّتِي أَدَّاهَا ، فَإِذَا كَمَلَ أَدَاؤُهَا عَتَقَ ، وَمَا فَضَلَ فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُعَلَّقُ عِتْقَهُ أَمَةً ، فَوَلَدَتْ ، لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدُهَا . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَمَةٌ قَبْلَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، فَأَنْتِ حُرَّةٌ . وَلَا تَجِبُ عَلَيْهَا قِيَمَةُ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مِنَ السَّيِّدِ بِصِفَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ

(١٩-١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في ب ، م : « تعليقه » .

(٢١) في م : « بذلك » .

(٢٢) في الأصل : « برأه » .

(٢٣) في ا ، ب ، م : « عاد » .

(٢٤) في الأصل : « متعلق » . وفي ب : « تعلق » .

باشَرَ عَتَقَهَا^(٢٥) . ولا يَعْتِقُ حتى يُؤَدِّي الألفَ بِكَمَالِهَا . وذكر القاضي ، أنَّ من أَصْلِنَا ، أنَّ العِتْقَ المُعْلَقَ بِصِفَةٍ يُوْجَدُ بِوُجُودِ بَعْضِهَا ، كما لو قال : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ أَكَلْتَ رَغِيْفًا . فَأَكَلَ بَعْضَهُ . وهذا لا يَصِحُّ ، لَوْجُوهٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ أَداءَ الألفِ شَرْطُ العِتْقِ ، وشُرُوطُ الأحكامِ يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا بِكَمَالِهَا الثُّبُوتِ الأحكامِ ، وَتُنْتَفَى بِانْتِفَائِهَا ، بِدَلِيلِ سَائِرِ شُرُوطِ الأحكامِ . الثاني ، أَنَّهُ إِذَا عُلِّقَ عَلَى / وَصِفِ ذِي عَدَدٍ ، فَالْعَدَدُ وَصِفٌ فِي الشَّرْطِ ، وَمَتَى ١١ / ١٨٨ ظ عُلِّقَ الْحُكْمُ عَلَى شَرْطِ ذِي^(٢٦) وَصِفٍ ، لَا يَثْبُتُ مَا لم تُوجَدْ الصِّفَةُ ، كما لو قال لِعَبْدِهِ : إِنْ خَرَجْتَ عَارِيًّا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَخَرَجَ لِإِسَاءٍ ، لَا يَعْتِقُ ، فَكَذَلِكَ الْعَدَدُ . الثالثُ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي اللَّفْظِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْكُلِّ ، لم يَحْنَثْ بِفِعْلِ البَعْضِ . وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا صَلَّيْتُ صَلَاةً . لم يَحْنَثْ حَتَّى يَفْرُغَ مِمَّا يُسَمَّى صَلَاةً . وَلَوْ حَلَفَ : لَا صُمْتُ صِيَامًا . لم يَحْنَثْ حَتَّى يَصُومَ يَوْمًا^(٢٧) . وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ حَضَّتْ حَيْضَتَهُ^(٢٨) ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . لم تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهَرَ مِنَ الْحَيْضَةِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي هَذِهِ الْمَسَائِلَ وَنَظَائِرَهَا . وَذَكَرَ الألفَ هَهُنَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ أَداءَ الألفِ^(٢٩) كَامِلَةً . الرَّابِعُ ، أَنَّنَا لَا نُسَلِّمُ هَذَا الأَصْلَ الَّذِي ادَّعَاهُ ، وَأَنَّهُ إِذَا قَالَ لَهُ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ أَكَلْتَ رَغِيْفًا . لم يَعْتِقْ بِأَكْلِ بَعْضِهِ ، وَإِنَّمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَفْعَلُ شَيْئًا ، فَفَعَلَ بَعْضَهُ ، حَنْثٌ ، فِي رِوَايَةٍ ، فِي مَوْضِعٍ يَحْتَمِلُ إِيرَادَةَ البَعْضِ ، وَيَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ ، كَمَنْ حَلَفَ لَا يُصَلِّيَ فَشَرَعَ فِي الصَّلَاةِ ، أَوْ لَا يَصُومُ فَشَرَعَ فِي الصِّيَامِ^(٣٠) . أَوْ لَا يَشْرَبُ مَاءَ هَذَا الْإِنَاءِ فَشَرَبَ بَعْضَهُ . وَنَحْوُ هَذَا ؛ لِأَنَّ الشَّرْاعَ فِي الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ ، قَدْ صَلَّى وَصَامَ ذَلِكَ الْجُزْءَ الَّذِي شَرَعَ فِيهِ ، وَالْقَدَرُ الَّذِي شَرَبَهُ مِنَ الْإِنَاءِ هُوَ مَاءُ الْإِنَاءِ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ تَقْتَضِي الْمَنَعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَتَقْتَضِي الْامْتِنَاعَ مِنَ الْكُلِّ ، وَمَتَى فَعَلَ البَعْضَ ، فَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَحَنْثَ لَذَلِكَ . وَلَوْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ ، لم يَبْرَأْ إِلَّا بِفِعْلِ الْجَمِيعِ .

(٢٥) فِي الأَصْلِ ، ا ، ب : « عَتَقَهُ » .

(٢٦) فِي الأَصْلِ : « فِي » .

(٢٧) فِي الأَصْلِ ، ب : « صُومًا » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(٢٩) فِي ا : « أَلْفٌ » .

(٣٠) فِي ا ، م : « الصُّومِ » .

وفي مسألتنا ، تَعْلِيْقُ الْحَرَّةِ عَلَى أَدَاءِ الْأَلْفِ ، يَقْتَضِي وُجُودَ أَدَائِهَا ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ الْمُعْلَقُ عَلَيْهَا دُونَ أَدَائِهَا ، كَمَنْ حَلَفَ لِيُؤَدِّيَنَّ أَلْفًا ، لَا^(٣١) يَبْرَأُ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا . الْخَامِسُ ، أَنَّ مَوْضُوعَ الشَّرْطِ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْمَشْرُوطُ بِدُونِ شَرْطِهِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، دَخَلَ الْجَنَّةَ »^(٣٢) . فَلَوْ قَالَ بَعْضُهَا مُقْتَصِرًا عَلَيْهِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا الْعُقُوبَةَ . وَقَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ، فَهِيَ لَهُ »^(٣٣) . فَلَوْ شَرَعَ فِي الْإِحْيَاءِ ، لَمْ تَكُنْ لَهُ . وَلَوْ قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسٍ إِبْرَابَاتٍ ، / فَهُوَ سَابِقٌ . فَسَبَقَ إِلَى أَرْبَعٍ ، لَمْ يَكُنْ سَابِقًا . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي ، فَلَهُ دِينَارٌ . فَشَرَعَ فِي رَدِّهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا . فَكَيْفَ يُخَالِفُ مَوْضُوعَاتِ الشَّرْعِ وَاللُّغَةِ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَإِنَّمَا الَّذِي جَاءَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْأَيْمَانِ ، فِي مَنْ حَلَفَ^(٣٤) عَلَى أَنْ^(٣٥) لَا يَفْعَلَ شَيْئًا ، فَفَعَلَ بَعْضَهُ ، يَحْنُثُ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ عَلَى التَّرْكِ يُقْصَدُ بِهَا الْمَنْعُ ، فَتَزَلَّتْ مَنْزِلَةُ النَّهْيِ ، وَالنَّهْيُ عَنْ فِعْلٍ شَيْءٌ يَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنْ بَعْضِهِ ، بِخِلَافِ^(٣٥) تَعْلِيْقِ الْمَشْرُوطِ عَلَى الشَّرْطِ^(٣٥) . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، صِفَةُ جَمَعَتِ مُعَاوَضَةً وَصِفَةُ ، وَالْمُغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الْمُعَاوَضَةِ ، وَهِيَ الْكِتَابَةُ^(٣٦) الصَّحِيحَةُ ، فَهِيَ مُسَاوِيَةٌ لِلصَّفَةِ الْمَحْضَةِ فِي الْعِتْقِ لَوْ جُودَهَا^(٣٧) ، وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ ، وَأَنَّ الْوَلَاءَ لِسَيِّدِهِ ، وَتُخَالَفُهَا فِي أَنَّهُ^(٣٨) لَوْ أَبْرَأَهُ^(٣٩) السَّيِّدُ مِنَ الْمَالِ بَرَأَ مِنْهُ ، وَعَتَقَ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ مَشْغُولَةٌ بِهِ ، فَبَرَأَ مِنْهُ بِإِبْرَائِهِ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ ، وَلَا يَنْفَسِخُ

١٨٩/١١

(٣١) فِي ب ، م : « لَمْ » .

(٣٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٤٤٦/١٠ .

(٣٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٤٩/٩ .

(٣٤-٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٥-٣٥) فِي الْأَصْلِ : « تَعْلِيْقُ الشَّرْطِ عَلَى الْمَشْرُوطِ » .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « الْكَفَايَةُ » .

(٣٧) فِي أ ، ب ، م : « بِوُجُودِهَا » .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهَا » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « بَرَأَهُ » .

بمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَلَا يَبِيعُ الْمُكَاتِبِ ، وَلَا هَبَيْتَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ ^(٤٠) مُعَاوَضَةٌ ^(٤١) لَازِمٌ ، أَشْبَهَ
الْبَيْعِ ، وَمَا كَسَبَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ ، وَمَا فَضَّلَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ ، وَوَلَدَ الْمُكَاتِبَةُ
الَّذِينَ ^(٤٢) وَلَدَتْهُمْ فِي الْكِتَابَةِ ^(٤٣) ، يَعْتَقُونَ بِعَتَقِهَا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، صِفَةُ فِيهَا
مُعَاوَضَةٌ ^(٤٤) ، وَالْمُعْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ، وَهِيَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، نَحْوُ الْكِتَابَةِ عَلَى
مَجْهُولٍ ، أَوْ نَجِيمٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مَعَ إِخْلَالٍ ^(٤٥) شَرِطٌ مِنْ شُرُوطِ الْكِتَابَةِ ، فَتَسَاوَى الصِّفَةُ
الْمَحْضَةُ وَالْكِتَابَةُ الصَّحِيحَةُ ^(٤٦) فِي أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مُعْلَقٌ عَلَى شَرِطٍ ، وَلَا
تَلْزِمُهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَا يَبْطُلُ بِجُنُونِ الْمُكَاتِبِ ، وَلَا الْحَجَرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِلرُّقِّ لَا
يَمْنَعُ صِحَّةَ كِتَابَتِهِ ، فَلَا يَقْتَضِي حُدُوثَهُ إِبْطَالُهَا . وَإِنْ ^(٤٧) أَدَّى حَالَ جُنُونِهِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ
الصِّفَةَ وَجَدَتْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتَقُ بِذَلِكَ ، وَيُفَارِقُهَا ^(٤٨) فِي أَنَّ لِلْسَّيِّدِ فُسْخَهَا
وَرَفْعَهَا ؛ لِأَنَّهَا فَاسِدَةٌ ، وَالْفَاسِدُ يُشْرَعُ رَفْعُهُ وَإِزَالَتُهُ ، وَيُفَارِقُ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ ، فِي أَنَّهَا
تَبْطُلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ^(٤٩) ، وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِسَفِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جِهَتِهِ ،
فَبَطُلَ بِهِذِهِ الْأُمُورُ ، كَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : / إِذَا وَسَّوسَ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ
الْمَوْتِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَبْطُلُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ كِتَابَةٍ ،
فَلَمْ ^(٥٠) يَبْطُلْ بِذَلِكَ ، كَالصَّحِيحَةِ ، وَتُفَارِقُ الصِّفَةَ الْمَحْضَةَ فِي أَنَّ كَسَبَ الْعَبْدِ قَبْلَ
الْأَدَاءِ لَهُ ، وَمَا فَضَّلَ ^(٥١) فِي يَدِهِ ^(٥٢) بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، وَيَتَّبِعُ الْمُكَاتِبَةُ وَلَدَهَا ،
حَمَلًا لَهَا عَلَى الْكِتَابَةِ ^(٥٣) الصَّحِيحَةِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فِيهِمَا . وَفِي الْآخَرِ ، لَا يَسْتَحِقُّ

(٤٠) فِي م : « عِنْد » .

(٤١-٤٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ . ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ قَوْلِهِ : « وَلَا تَلْزِمُهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ » . الْآخِي . اضْطِرَابٌ .

(٤٣) فِي أ : « الَّذِي » .

(٤٤) فِي ب : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، وَفِي أ : « اخْتِلَالٌ » .

(٤٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

(٤٨) فِي ب ، م : « وَيُفَارِقُهَا » .

(٤٩) فِي الْأَصْلِ : « وَحَيَاتِهِ » .

(٥٠) فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

(٥١-٥٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

كَسْبِهِ ، وَلَا يَتَّبِعُ الْمُكَاتِبَةَ وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِالصَّفَةِ ، لَا بِالكِتَابَةِ . فَأَمَّا الْكِتَابَةُ بِمُحَرَّمٍ ؛ كَالْخَمْرِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هِيَ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ ، حُكْمُهَا حَكْمُ مَا ذَكَرْنَا ، وَيَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ الْمُيْمُونِيِّ ، إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ ، فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ مَا لَمْ تَكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : إِنْ عُلِقَ الْعِتْقُ عَلَى أَدَاءِ الْمُحَرَّمِ ، عَتَقَ بِهِ ، كَمَا لَوْ عُلِقَ الْعِتْقُ عَلَى السَّرِقَةِ وَشُرِبِ الْخَمْرِ . وَإِنْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ عَلَى خَمْرٍ . لَمْ يَعْتَقْ بِأَدَائِهِ ، كَقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ : وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . عَتَقَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بغير شَرْطٍ ^(٥٢) ، وَجَعَلَ عَلَيْهِ عَوْضًا لَمْ يَقْبَلْهُ ، فَيَعْتَقُ ^(٥٣) ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ الْأَلْفُ . هَكَذَا ذَكَرَ الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا . وَنَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، قِيلَ لَهُ : إِذَا قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ . قَالَ : جَيِّدٌ . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْعَبْدُ ؟ قَالَ : لَا يَعْتَقُ ، إِنَّمَا قَالَ ^(٥٤) لَهُ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ، فَلَا شَيْءَ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . فَكَذَلِكَ . فِي ^(٥٥) إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » لَيْسَتْ مِنْ أَدَوَاتِ الشَّرْطِ وَلَا الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . وَالثَّانِيَةِ ، إِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَتْهُ الْأَلْفُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ ، لَمْ يَعْتَقُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِعَوْضٍ ، فَلَمْ يَعْتَقُ بِدُونِ قَبُولِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » تُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ وَالْعَوْضِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا ﴾ ^(٥٦) . وَقَالَ / تَعَالَى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ ^(٥٧) . وَلَوْ قَالَ فِي النِّكَاحِ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فَلَانَةَ ، عَلَى صَدَاقٍ خَمْسِمِائَةٍ

١٩٠/١١

(٥٢) فِي ب : « شَرْطُهُ » .

(٥٣) فِي ١ ، ب : « فَعَتَقَ » .

(٥٤) فِي ١ ، ب : « قَالَ » .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٥٦) سُورَةُ الْكَهْفِ ٦٦ .

(٥٧) سُورَةُ الْكَهْفِ ٩٤ .

دَرِهِمْ . فقال الآخرُ : قَبِلْتُ . صَحَّ النِّكَاحُ ، وَبَيَّتَ الصَّدَاقُ . وقال الفقهاءُ : إذا تزَوَّجَهَا على أَلِفٍ لها ، وأَلِفٍ لِأَيِّهَا ، كان ذلك جائِزًا . فأما إذا^(٥٨) قال : أَعْتَقْتُكَ على أن تَحُدَّ مِنِّي سَنَةً . فَقَبِلَ ، ففيها روايتان ، كالتي قَبِلَها . وقيل : إن لم يَقْبَلِ العَبْدُ ، لم يَعْتَقِ . رواية واحدة . فعلى هذا ، إذا قَبِلَ العَبْدُ ، عَتَقَ في الحال ، وَلَزِمَتْهُ خِدْمَتُهُ سَنَةً . فإن مات السيدُ قَبْلَ كَمالِ السَّنَةِ ، رُجِعَ على العَبْدِ بِقِيَمَةِ ما بَقِيَ من الخِدْمَةِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةٌ : تُقَسَّطُ قِيَمَةُ العَبْدِ على خِدْمَةِ السَّنَةِ ، فَيُقَسَّطُ منها بِقَدْرِ ما مَضَى ، وَيُرْجَعُ عليه بما بَقِيَ من قِيَمَتِهِ . ولنا ، أن العِتْقَ عَقْدٌ لا يُلْحَقُهُ الفُسْخُ ، فإذا تَعَدَّرَ فيه اسْتِيفاءُ العَوَضِ ، رُجِعَ إلى قِيَمَتِهِ ، كالخُلْعِ في النِّكَاحِ ، والصُّلْحِ في دَمِ العَمْدِ . وإن قال : أَنْتَ حُرٌّ ، على أن تُعْطِيَنِي أَلْفًا . فالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَعْتَقُ حَتَّى يَقْبَلَ ، فإذا قَبِلَ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَهُ الأَلْفُ^(٥٩) . وإن قال : أَنْتَ حُرٌّ بِأَلِفٍ . لم يَعْتَقِ حَتَّى يَقْبَلَ ، فَيَعْتَقِ ، وَيَلْزِمَهُ أَلْفٌ^(٦٠) .

فصل : وإذا عَتَّقَ عِتْقَ أَمَتِهِ بِصِفَةٍ ، وهى حَامِلٌ ، تَبِعَها وَلَدُها في ذلك ؛ لِأَنَّهُ كُعْضُو من أَعْضائِها ، فإن وَضَعَتْهُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثُمَّ وَجَدَتْ الصِّفَةَ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ تابعٌ في الصِّفَةِ ، فَأَشْبَهَ ما لو كان في^(٦١) البَطْنِ . وإن كانت حائِلاً^(٦٢) حينَ التَّعْلِيْقِ ، ثُمَّ وَجَدَتْ الصِّفَةَ وهى حَامِلٌ ، عَتَقَتْ هِىَ وَحَمْلُها ؛ لِأَنَّ العِتْقَ وَجَدَ فيها وهى حَامِلٌ ، فَتَبِعَها وَلَدُها ، كَالْمُنْجَرِ . وإن حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيْقِ ، وَلَدَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثُمَّ وَجَدَتْ بَعْدَ ذلك ، لم يَعْتَقِ الولدُ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ لم تَتَعَلَّقْ بِهِ ، لَافِ حَالِ التَّعْلِيْقِ ، وَلَافِ حَالِ العِتْقِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَّبَعُها في العِتْقِ ، قِياسًا على وَلَدِ المُدَبَّرَةِ . وإن بَطَلَتْ / الصِّفَةُ بِنَيْعٍ أو مَوْتٍ ، لم يَعْتَقِ الولدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبَعُها في العِتْقِ ، لَافِ الصِّفَةِ ، فإذا لم تُوجَدْ فيها ، لم يُوجَدْ فيه ، بِخِلَافِ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ ؛ فَإِنَّهُ تَبِعَها في التَّذْيِيرِ ، فإذا بَطَلَ فيها ، بَقِيَ فيه .

١٩٦٤ - مسألة : قال : (وإذا أَسْلَمَتْ أُمٌّ وَلَدَ النَّصْرَانِيِّ ، مُنِعَ مِنْ غَشْيَانِها ،

(٥٨) في الأصل : « إن » .

(٥٩) في ١ : « أَلِف » .

(٦٠) في الأصل : « الألف » .

(٦١) بعد هذا في م زيادة : « الصفة فأشبه ما لو كان في » .

(٦٢) في الأصل : « حاملا » . وفي ب : « حابلا » .

والتَّلَذُّذِ بِهَا ، وَأُجِبَرَ عَلَى نَفَقَتِهَا ، فَإِنْ أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَتْ)
 هذه المسألة يُؤَخَّرُ شَرْحُهَا إِلَى بَابِ عِتْقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ؛ فَإِنَّهُ أَلْيَقُ بِهَا .

١٩٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِأُمَّتِهِ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ
 اثْنَيْنِ ، أَقْرَعَ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ حُرٌّ ، إِذَا أَشْكَلَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ ، وَلَمْ يَعْلَمْ بَعَيْنَهُ ، فَجَبَّ إِخْرَاجَهُ
 بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبِيدِهِ : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . وَقَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . فَأَمَّا إِنْ عَلِمَ
 أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا ، فَهُوَ الْحُرُّ وَحْدَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي هَاشِمٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ،
 وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَقَتَادَةُ : إِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ ، فَهُمَا
 حُرَّانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا عَتِقَ الْأَوَّلُ ، وَالَّذِي خَرَجَ أَوَّلًا هُوَ أَوَّلُ الْوَلَدَيْنِ^(٢) ، فَاخْتَصَّ الْعِتْقُ
 بِهِ ، كَمَا لَوْ وَلَدْتُهُمَا فِي بَطْنَيْنِ .

فصل : فَإِنْ وَلَدَتِ الْأَوَّلُ مَيِّتًا ، وَالثَّانِي حَيًّا ، فَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّهُ يَعْتِقُ الْحَيَّ مِنْهُمَا .
 وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وَهُوَ
 الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ إِنَّمَا وَجَدَ فِي الْمَيِّتِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْعِتْقِ ،
 فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ بِهِ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنْ شَرْطَ الْعِتْقِ إِنَّمَا^(٣) وَجَدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَلَدٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ
 لَوْ قَالَ لِأُمَّتِهِ : إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا^(٤) ، فَأَنْتِ حُرَّةٌ . فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، عَتَقَتْ . وَوَجْهُ
 الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْعِتْقَ يَسْتَحِيلُ فِي الْمَيِّتِ ، فَتَعَلَّقَتِ الْيَمِينُ بِالْحَيِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ ضَرَبْتُ
 فَلَانًا ، فَعَبْدِي حُرٌّ . فَضَرَبَهُ حَيًّا ، عَتَقَ ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مَيِّتًا ، لَمْ يَعْتِقْ . وَلأنَّهُ مَعْلُومٌ مِنْ طَرِيقِ
 الْعَادَةِ ، أَنَّهُ قَصَدَ عَقْدَ يَمِينِهِ عَلَى وَلَدٍ يَصِحُّ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا ، فَتَصِيرُ الْحَيَاةُ
 مَشْرُوطَةً فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ حَيًّا / ، فَهُوَ حُرٌّ .

١٩١/١١ و

فصل : وَإِنْ قَالَ لِأُمَّتِهِ : كُلُّ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . عَتَقَ كُلَّ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ . فِي قَوْلِ

(١) فِي ب : « قَرَعَ » .

(٢) فِي ١ ، ب ، م : « الْمَوْلُودَيْنِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب .

جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَلَا أَحْفَظُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ بَاعَ الْأَمَةُ ، ثُمَّ وَلَدَتْ ، لَمْ يَعْتَقْ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُمْ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ .

فصل : إِنْ قَالَ : أَوَّلُ غُلَامٍ أَمْلِكُهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الْعِتْقِ قَبْلَ الْمِلْكِ ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا يَصْبِحُ عِتْقُ أَوَّلِ مَنْ يَمْلِكُهُ . فَإِنْ مَلَكَ اثْنَيْنِ ، عَتَقَ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّأً : إِذَا قَالَ : أَوَّلُ مَنْ يَطْلُعُ مِنْ عَبِيدِي ، فَهُوَ حُرٌّ . فَطَلَعَ اثْنَانِ ، أَوْ جَمِيعُهُمْ ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلِيَّةَ وَجَدَتْ فِيهِمَا جَمِيعًا ، فَتَثَبَّتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ : مَنْ سَبَقَ ، فَلَهُ عَشْرَةٌ . فَسَبَقَ اثْنَانِ ، اشْتَرَكَا فِي الْعَشْرَةِ . وَقَالَ النَّحَّعِيُّ : يُعْتَقُ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا أَوَّلَ فِيهِمَا ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَاوٍ لِلْآخَرِ ، وَمِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِيَّةِ سَبَقُ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَيْنِ لَمْ يَسْبِقْهُمَا غَيْرُهُمَا ، فَكَانَا أَوَّلَ ، كَالوَاحِدِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِ أَنْ يَأْتِيَ بَعْدَهُ ثَانٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَلَكَ وَاحِدًا وَلَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهُ شَيْئًا ، وَإِذَا كَانَتِ الصِّفَةُ مُوجُودَةً فِيهِمَا ، فَأَيُّمَا أَنْ يَعْتَقَا جَمِيعًا ، أَوْ يَعْتَقُ أَحَدَهُمَا وَتُعَيِّنَهُ الْقُرْعَةُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيهَا إِذَا قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدُونِي ، فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتِ اثْنَيْنِ ، وَخَرَجَا^(٥) مَعًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : آخِرُ عَبْدٍ أَمْلِكُهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَمَلَكَ عَبِيدًا ، لَمْ يُحْكَمْ بِعِتْقِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَتَّى يَمُوتَ ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا ، فَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ عَبْدًا يَكُونُ هُوَ الْآخِرَ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ آخِرُهُمْ^(٦) ، وَتَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا حِينَ مَلَكَه ، فَيَكُونُ اكْتِسَابُهُ^(٧) لَهُ . وَإِنْ كَانَتْ أَمَةٌ ، كَانَ أَوْلَادُهَا أَحْرَارًا مِنْ حِينَ وَلَدَتْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ حُرَّةٍ . وَإِنْ كَانَ وَطْنُهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطْنَى حُرَّةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ، / وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا حِينَ مَلَكَهَا ، حَتَّى يَمْلِكَ^(٨) ١٩١/١١ ظ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ، فَهِيَ آخِرُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يُزَوَّلُ^(٨) ذَلِكَ

(٥) فِي مَزِيدَةٍ : « جَمِيعًا » .

(٦) فِي ب : « الْآخِر » .

(٧) فِي أ ، ب ، م : « أَكْسَابُهُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « يُزَوَّل » .

بِمِلْكٍ غَيْرِهَا ، فَوَجَبَ أَنْ يَحْرُمَ الْوَطْءُ . وَإِنْ مَلَكَ اثْنَيْنِ ، دَفَعَهُ وَاحِدَةً ، ثُمَّ مَاتَ ،
فَالْحُكْمُ فِي عِتْقِهِمَا ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا مَلَكَ اثْنَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

١٩٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ : اشْتَرِنِي مِنْ سَيِّدِي بِهَذَا
الْمَالِ ، فَأَعْتِقْنِي . ففَعَلَ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْبَائِعِ مِثْلَ
الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ ، وَلَا وَهَ لِلَّذِي اشْتَرَاهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَالَ لَهُ : بِعْنِي بِهَذَا الْمَالِ .
فَيَكُونَ الشِّرَاءُ وَالْعِتْقُ ^(١) بَاطِلًا ، وَيَكُونَ السَّيِّدُ قَدْ أَخَذَ مَالَهُ)

وجملته أن العبد إذا دفع إلى أجنبي مالا ، وقال : اشتريني من سيدي بهذا المال ،
فأعتقني . ففعل ، لم يحل من أن يشتريه بعينه المال ، أو في ذمته ، ثم ينفق المال ، فإن اشتراه
في ذمته ، فأعتقه ، فالشراء صحيح ، والعتق جائز ؛ لأنه ملكه بالشراء ، فنقد عتقه له ،
وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به ؛ لأنه لزمه الثمن بالبيع ، والذي دفعه إلى السيد
كان ملكا له ، لا يحتسب ^(٢) له به ^(٣) من الثمن ، فبقى ^(٤) الثمن واجبا عليه ، يلزمه أدائه ،
وكان العتق من ماله ، والولاء له . وهذا قال الشافعي ، وابن المنذر . وأما إن اشتراه بعين
المال ، فالشراء باطل ، والعتق غير واقع ؛ لأنه اشترى بعين مال غيره شيئا بغير إذنه ، فلم
يصح الشراء ، ولم يقع العتق ؛ لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ، ويكون السيد قد أخذ ماله ؛
لأن ما في يد العبد محكوم به لسيده . وعلى الرواية التي تقول : إن التقود لا تتعين بالتعيين في
العقود . يصح البيع والعتق ، ويكون الحكم كالواشترائه في ذمته . ونحو هذا قال النخعي ،
وإسحاق ، فإنهما قالَا : الشراء والعتق جائز ^(٥) ، ويرد المشتري مثل الثمن من غير
تفريق . وقال الحسن : البيع والعتق باطل ^(٦) . وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ، ويعاقب من

(١) في ب : « والبيع » .

(٢) في ب : « يحسب » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « فيبقى » .

(٥) في م : « جائزان » .

(٦) في م : « باطلان » .

فَعَلَهُ ، مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ أَيْضًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَقْتَضِي التَّفْرِيقُ ، وَفِيهِ تَوَسُّطٌ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ ، فَكَانَ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَأُعْطِيَ الْعَبْدُ أَحَدَهُمَا خَمْسِينَ دِينَارًا ، عَلَى أَنْ يَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مِنْهُ ، فَأَعْتَقَهُ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَرَجَعَ عَلَيْهِ شَرِيكُهُ بِنَصْفِ الْخَمْسِينَ ، وَبِنَصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ سَيِّدَيْهِ ، لَا يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمَا ، إِلَّا أَنْ نَصِيبَ الْمُعْتَقِ يَنْفُذُ فِيهِ الْعِتْقُ ، وَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا ، إِذْ لَمْ يَقَعْ الْعِتْقُ ^(٧) عَلَى عَيْنِهَا ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْسِينَ ثُمَّ دَفَعَهَا إِلَيْهِ . وَإِنْ أَوْقَعَ ^(٨) الْعِتْقُ عَلَى عَيْنِهَا ، يَجِبُ أَنْ يَرْجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ ^(٩) مَا أَعْتَقَهُ بِالْعَوَضِ الْمُسْتَحَقِّ ، وَيَسْرَى الْعِتْقُ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، فَيَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ .

فصل : وَلَوْ وَكَّلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَهُ فِي عِتْقِ نَصِيْبِهِ ، فَقَالَ الْوَكِيلُ : نَصِيْبِي حُرٌّ . عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَالْوَلَاءُ ^(١٠) لَهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ نَصِيبَ الْمُوَكَّلِ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيْبِهِ ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُوَكَّلِ . وَإِنْ أَعْتَقَ نَصْفَ الْعَبْدِ ، وَلَمْ يَتَوَّ شَيْئًا ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى نَصِيْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَنَصِيبُ شَرِيكِهِ يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ، وَلَمْ يَتَوَّ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ ^(١١) أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْإِعْتَاقِ ، فَانْصَرَفَ إِلَى مَا أَمَرَ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا ، فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا ، وَأَيُّهُمَا حَكَمْنَا بِالْعِتْقِ عَلَيْهِ ، ضَمِنَ نَصِيبُ شَرِيكِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ إِنْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ، فَسَرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، لِأَنَّهُ مَا ذُوْنُ لَهُ فِي الْعِتْقِ ، وَقَدْ عَتَقَ ^(١٢) بِالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَنْ أَذِنَ لَهُ فِي إِثْلَافِ شَيْءٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ وَإِنْ أَثْلَفَهُ بِالسَّرَايَةِ . وَإِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ ، لَمْ يَلْزَمْ شَرِيكُهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِّرٌ لِسَبَبِ الْإِثْلَافِ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ ضَمَانٌ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ . فَأَعْتَقَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : « وقع » .

(٩) في م : « بقيمته » .

(١٠) في م زيادة : « ويكون » .

(١١) في م : « واحتمل » .

(١٢) في الأصل ، ١ ، م : « أعتق » .

كتاب التَّذْيِيرِ

ومعنى التَّذْيِيرِ : تَعْلِيْقُ عَتَقٍ عَبْدِهِ بِمَوْتِهِ . وَالْوَفَاةُ دُبُرُ الْحَيَاةِ ، يُقَالُ : دَابَّرَ الرَّجُلُ يُدَابِّرُ مُدَابِرَةً . إِذَا مَاتَ ، فَسُمِّيَ الْعَتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ تَذْيِيرًا ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ ^(١) فِي دُبُرِ الْحَيَاةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ السُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَارَوْى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ مَمْلُوكًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ ^(٢) ، فَاحْتَأَجَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ ^(٣) مِنْنِي ؟ » . فَبَاعَهُ مِنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ . وَقَالَ : « أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ مَنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى مَاتَ ، وَالْمُدَبِّرُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، بَعْدَ قَضَاءِ دَيْنِ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْفَاذِ وَصَايَاهُ إِنْ كَانَ وَصَّى ، وَكَانَ السَّيِّدُ بِالْعَاجِئِزِ الْأَمْرِ ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَجِبُ لَهُ أَوْ لَهَا .

١٩٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ : أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتَنِي ،

(١) في الأصل : « عتاق » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « يشتره » .

(٤) أخرجه البخارى ، في : باب بيع الزايدة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب من باع مال المفلس ... ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب عتق المدبر ... ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب إذا أكره حتى وهب ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩١/٣ ، ١٥٦ ، ١٨١/٨ ، ١٨٢ ، ٢٧/٩ . ومسلم ، في : باب الابتداء في النفقة بالنفس ... ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب جواز بيع المدبر ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٦٩٢/٢ ، ٦٩٣ ، ١٢٨٩/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع المدبر ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في بيع المدبر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٥/٥ . والنسائى ، في : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٧/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٥/٣ ، ٣٠٨ ، ٣٦٩ . وانظر ما تقدم تخريججه ، في : ١٢٤/٩ .

أَوَ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَقَدْ صَارَ مُدَبِّرًا)

وجملة ذلك أنه إذا علّق صريح العتق بالموت ، فقال : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، بَعْدَ مَوْتِي ^(١) . صار مُدَبِّرًا . بلا خلافٍ نَعْلَمُهُ . فأما إن قال : أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتَكَ . فَإِنَّهُ يَصِيرُ ^(٢) مُدَبِّرًا بنفس اللفظ ، من غير افتقارٍ إلى نية . وهذا منصوصُ الشافعي . وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر ، أنه ليس بصريحٍ في التدبير ، ويُفتقرُ إلى النية ؛ لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما ، فافتقر إلى النية ، كالكنائيات . ولنا ، أنهما لفظان وضعا لهذا العقد ، فلم يفتقر إلى النية ، كالبيع ، ويفارق الكنائيات ؛ فإنها غير موضوعية له ، ويُشارِكها فيه غيرها ، فافتقرت إلى النية للتعيين ، ويرجح أحد المحتملين ، بخلاف الموضوع .

فصل : ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال . في قول أكثر أهل العلم ، يُروى ذلك عن علي ، وابن عمر ^(٣) . وبه قال شريح ، وابن سيرين ، والحسن ، وسعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومكحول ، والزهرى ، وقتادة ، وحَمَّادٌ ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وروى عن ابن مسعود ^(٤) ، ومسروق ، ومجاهد ، والنخعي ، وسعيد بن جبيرة / ، أنه يعتق من رأس المال ؛ لأنه عتق فينفذ ^(٥) من رأس المال ، كالعتق في الصحة ، وعتق أم الولد . ولنا ، أنه تبرّع بعد الموت ، فكان من الثلث ، كالوصية ، ويفارق العتق في الصحة ، فإنه لم يتعلّق به حق غير المعتق ، فينفذ ^(٥) في الجميع ، كالهبة المنجزة . وقد نقل حنبل عن أحمد ، أنه يعتق من رأس المال . وليس عليها عمل ، قال أبو بكر : هذا قول قديم ، رجّح عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة .

فصل : وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير ، قُدِّم العتق ؛ لأنه أسبق . وإن اجتمع

(١) في الأصل : « الموت » .

(٢) بعد هذا في الأصل : « به » .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب المدبر من الثلث ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب في المدبر ، من كتاب الفرائض . السنن ١٣٢/١ .

(٥) في الأصل ، ١ : « فنفذ » .

التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْعَتَقِ ، تَسَاوَا ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا عَتَقَ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ التَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَقَعُ فِيهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَقِفُ عَلَى الْإِعْتَاقِ بَعْدَهُ .

فصل : ويجوزُ التَّذْيِيرُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ؛ فَالْمُطْلَقُ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ آخَرَ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَالْمُقَيَّدُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، خَاصٌّ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ سَفَرِي هَذَا ، أَوْ فِي بَلَدِي هَذَا ، أَوْ عَامِي هَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَهَذَا جَائِزٌ عَلَى مَا قَالُ ، إِنْ مَاتَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي شَرَطَهَا عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَإِلَّا لَمْ يَعْتَقُ . وَقَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ مَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ ^(٦) مُدَبِّرٌ الْيَوْمَ ؟ قَالَ : يَكُونُ مُدَبِّرًا ذَلِكَ الْيَوْمَ ، فَإِنْ مَاتَ ذَلِكَ الْيَوْمَ ، صَارَ حُرًّا . يَعْنِي إِذَا مَاتَ الْمَوْلَى . وَالضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يُعْلَقَ التَّذْيِيرُ عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، أَوْ إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ ، أَوْ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي ، فَأَنْتَ ^(٦) مُدَبِّرٌ ، أَوْ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَهَذَا لَا يَصِيرُ مُدَبِّرًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ التَّذْيِيرُ عَلَى شَرْطٍ ، فَإِذَا وَجَدَ ، صَارَ مُدَبِّرًا ، وَعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، وَوُجِدَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الشَّرْطِ ^(٧) يَقْتَضِي وَجُودَهُ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ ^(٨) عُلِقَ عَلَيْهِ عَتَقًا مُنْجَزًا ، فَقَالَ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَعْتَقُ ، وَكَأَنَّ ^(٩) لَوْ قَالَ لَوْ كَيْلِهِ : بَعْدَ عَبْدِي . فَمَاتَ الْمُوَكَّلُ قَبْلَ بَيْعِهِ ، بَطَلَتْ وَكَالَتُهُ . وَلِأَنَّ الْمُدَبِّرَ مَنْ عُلِقَ عَتَقُهُ بِالْمَوْتِ / ، وَهَذَا قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ يَكُنْ مُدَبِّرًا ، وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُمَكِّنُ حَدُوثَ التَّذْيِيرِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَعْتَقُ . وَهُوَ قِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْهُ ، فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي يَوْمَ أَوْ شَهْرٍ . فَإِنَّهُ قَالَ : لَا يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ الْعَتَقُ بِصِفَةٍ تَوْجَدُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَعْتَقُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِي إِيَّاكَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ لَهُ بَعْدَ قَرَارِ مِلْكٍ غَيْرِهِ عَلَيْهِ ، ^(١٠) فَلَمْ يَعْتَقُ ^(١١) ، كَالْمُنْجَزِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَعْتَقُ . وَهُوَ

١٩٣/١١ ط

(٦) في م زيادة : « حر » .

(٧) في ب ، م زيادة : « في حياة السيد » .

(٨) في م زيادة : « لم » .

(٩) في الأصل : « كما » .

(١٠-١١) سقط من : الأصل .

الذى ذكره القاضى . وهو مذهب الشافعى ؛ لأنه صرح^(١١) بذلك ، فحمل عليه ، كالمو وصى بإعتاقه ، وكالمو وصى ببيع سلعة ويتصدق بمنها ، ويفارق التصرف بعد البيع ؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه ، بخلاف ما بعد البيع . والأول أصح ، إن شاء الله تعالى . ويفارق الوصية^(١٢) بالعقق وبيع السلعة ؛ لأن المملك لا يستقر للورثة فيه ، ولا يملكون التصرف فيه ، بخلاف مسألتنا . وقولهم : جعل^(١٣) له التصرف في ثلثه . قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفاً يثبت عقيب موته ، ويمنع انتقاله إلى الوارث ، وإن ثبت للوارث ، فهو ثبوت غير مستقر ، وقد قيل : يكون مراعى ، فإذا قبل الموصى له ، تبين أن المملك كان له من حين الموت ، وإن لم يقبل ، تبين أنه كان للوارث . فعلى قولنا : لا يعتق بالدخول بعد الموت . للوارث التصرف فيه كيف شاء ، ومن صحح هذا الشرط ، احتمل أن يمنع الوارث من التصرف في رقبته ؛ لأنه يستحق العقق ، فأشبهه الموصى بعققه . واحتمل أن لا يمنعه ؛ لأنه علق عتقه على صفة غير الموت ، فلم يمنع من التصرف فيه ، كالمو قال لعبده : إن دخلت الدار ، فأنت حر . فأما كسبه قبل عتقه ، فهو للوارث ؛ لأن المملك فيه مستقر قبل وجود الشرط ، كالمو كان الوارث هو الذى علق عتقه .

فصل : فإن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ، أو قال : بيوم . فقال أحمد ، في رواية مهنًا : لا يعتق ، ولا تصح هذه / الصفة . وقال أيضاً : سألت أحمد ، عن رجل قال ١٩٤/١١ لعبده : أنت حر بعد موتى بشهر ، بألف درهم . فقال : هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته . وهذا اختيار أبى بكر . وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى ، أنه يعتق إذا وجدت الصفقتان ؛ الموت ، ومضى المدة المذكورة . وهذا قال الثوري ، وأبو يوسف ، وإسحاق . ووجه الروايتين ما تقدم . وقال أصحاب الرأي : لا يعتق حتى يعتقه الوارث . وعلى قول من قال : يعتق . يكون قبل الموت ملكاً للوارث ، وكسبه له ، كأثم الولد ، والمُدبر في حياة السيد . وإن كان أمة ، فولدت قبل وجود الصفة ، فولد لها

(١١) في الأصل : « صريح » .

(١٢) سقط من : ١ .

(١٣) في م : « حصل » .

يَتَّبِعُهَا فِي التَّذْيِيرِ ، وَيَعْتَقُ بِوُجُودِ الصِّفَةِ ، كَمَا تَعْتَقُ هِيَ .

فصل : إذا قال لعبيده : إذا قرأت القرآن ، فأنت حرُّ بعد موتي . فقرأ القرآن جميعه ، صار مُدَبِّرًا ، وإن قرأ بعضه ، لم يصِرْ مُدَبِّرًا . وإن قال : إذا قرأت قرآنًا ، فأنت حرُّ بعد موتي ، فقرأ بعض القرآن ، صار مُدَبِّرًا ؛ لأنَّه في الأولى عَرَفَهُ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ الْمُفْتَضِيَّةِ لِلَا سْتِعْرَاقِ ، فعاد إلى جميعه ، وههنا نكَّره ، فاقْتَضَى بعضه . فإن قيل : فقد قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ ^(١٤) . وقال : ﴿ وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَّسْتُورًا ﴾ ^(١٥) . ولم يُرَدِّ جميعه . قلنا : قَضِيَةُ اللَّفْظِ تَتَنَاوَلُ جميعه ؛ لأنَّ الألف واللام للَا سْتِعْرَاقِ ، وإنَّما حُمِلَ على بعضه بدليل ، فلا يُحْمَلُ على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ، ولأنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ تَقْتَضِي قِرَاءَةَ جميعه ؛ لأنَّ الظاهر أنَّه ^(١٦) أراد ترغيبه في قراءة القرآن ، بتعليق ^(١٧) الحرِّية به ، أو مُجَازَاتِهِ ^(١٨) على قِرَاعَتِهِ بِالْحَرِّيةِ ، والظاهر أنَّه ^(١٦) لا يُجَازَى بهذا الأمر الكثير ^(١٩) ، ولا يُرَغَّبُ به ، إلَّا فيما يَشُقُّ ، أمَّا قِرَاءَةُ ^(٢٠) آية أو آيتين فلا .

فصل : فإن قال لعبيده : إن شئت ، فأنت حرُّ بعد موتي ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، / أو أَى وقتٍ شئت ، فأنت حرُّ بعد موتي . فهو تَذْيِيرٌ بِصِفَةٍ ، فمتى شاء في حياة سيِّده ، صار مُدَبِّرًا ، يَعْتَقُ بِمَوْتِ سيِّده ، كما لو قال : إن دخلت الدَّارَ ، فأنت حرُّ بعد موتي . فدَحَلَهَا في حَيَاتِهِ . وإن مات السيِّدُ قَبْلَ مَشِيئَتِهِ ، بَطَلَتِ الصِّفَةُ ، كما لو مات في المسألة الأخرى قَبْلَ دُخُولِ الدَّارِ . وإن قال : متى شئت بعد موتي ، فأنت حرُّ ، أو أَى

(١٤) سورة النحل ٩٨ .

(١٥) سورة الإسراء ٤٥ .

(١٦-١٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : « يتعلق » .

(١٨) في ب ، م : « ومجاراته » .

(١٩) في الأصل : « الكبير » .

(٢٠) في ب ، م : « قراءته » .

وَقَبِ شَيْتٌ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فِهَذَا تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ ^(٢١) عَلَى صِفَةِ بَعْدِ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، وَأَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي صَحِّتُهُ ، فَعَلَى قَوْلِهِ ، يَكُونُ ذَلِكَ عَلَى التَّرَاخِي ، فَمَتَى شَاءَ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، عَتَقَ ، وَمَا كَانَ لَهُ مِنْ كَسْبٍ قَبْلَ مَشِيئَتِهِ ، فَهُوَ لَوَرَثَةُ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ قَبْلَ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الْمُوصَى بِهِ ، فَإِنَّ فِي كَسْبِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّنَا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ مِنْ ^(٢٢) حِينَ الْمَوْتِ ، وَهَهُنَا لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْمَشِيئَةِ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ قَبْلَ الشَّرْطِ . وَجْهًا وَاحِدًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي قَوْلِهِ : إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِنْ شِئْتَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِنْ تَرَاخَتْ الْمَشِيئَةُ عَنِ الْمَجْلِسِ ، بَطَلَتْ ، وَلَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا بِالْمَشِيئَةِ بَعْدَهُ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ : اخْتَارِي نَفْسَكَ . فَإِنَّ الْاِخْتِيَارَ يَقِفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . كَانَ عَلَى الْفَوْرِ أَيْضًا ، فَمَتَى شَاءَ عَقِيبَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي الْمَجْلِسِ ، صَارَ حُرًّا ، وَإِنْ تَرَاخَتْ مَشِيئَتُهُ عَنِ الْمَجْلِسِ ، لَمْ تَثْبُتْ فِيهِ حُرِّيَّةٌ . وَقَدْ ذَكَرَ فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ ، إِنْ شِئْتَ ، وَشَاءَ أَبُوكَ . فَشَاءَ مَعًا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، سَوَاءً شَاءَ عَلَى الْفَوْرِ أَوْ التَّرَاخِي ، أَوْ شَاءَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْفَوْرِ ، وَالْآخَرُ عَلَى التَّرَاخِي ^(٢٣) ، وَهَذَا مِثْلُهُ ، فَيُخَرِّجُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ مِثْلَ ^(٢٤) مَا ذَكَرَ ^(٢٥) فِي الْآخَرَى .

فصل : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ لَا ؟ أَوْ قَالَ : فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ لَسْتُ بِحُرٍّ ؟ لَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا ؛ لِأَنَّهُ / اسْتَفْهَامٌ ، وَلَمْ يَقْطَعْ بِالْعِتْقِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ لَا ؟ وَقَدْ ذَكَرْنَا ^(٢٥) ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ ^(٢٦) .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ ، لَمْ يَسِرِ التَّدْبِيرُ إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، مُوسِرًا

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الْعِتْقُ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٢٣) تَقْدِمُ فِي : ١٠ / ٤٦٧ ، ٤٦٨ .

(٢٤) فِي : ١ : « ذَكَرَهُ » . وَفِي ب : « ذَكَرْنَا » .

(٢٥) فِي : ١ : « ذَكَرَ » .

(٢٦) تَقْدِمُ فِي : ١٠ / ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

كان أو مُعْسِرًا . وذكر أبو الحطَّاب وجهًا ، أنه يَسْرَى تَدْبِيرُهُ إذا كان مُوسِرًا ، ويُقَوِّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِهِ . وهو قولُ أُنَى حَنِيفَةٍ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ الْعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَسَرَى ذَلِكَ فِيهِ ، كَالِاسْتِيلَادِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَغْلِيْقٌ لِلْعَتَقِ بِصِفَةٍ ، فَلَمْ يَسِرْ ، كَتَغْلِيْقِهِ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَيُفَارِقُ الْاسْتِيلَادَ ؛ فَإِنَّهُ آكَدٌ ، وَلِهَذَا يَعْتَقُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ . وَلَوْ قَتَلَتْ سَيِّدُهَا ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ اسْتِيلَادِهَا ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَالْمُدَبِّرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا مَاتَ الْمُدَبِّرُ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ . وَهَلْ يَسْرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ، ذَكَرَهُمَا الْخِرَقِيُّ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ^(٢٧) نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُدَبِّرِ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الْمُدَبِّرِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْحَطَّابِ ، فِيهَا وَجْهَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْرَى عَتَقُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أُنَى حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ قَدْ اسْتَحَقَّ الْوَلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ بِمَوْتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ إِبْطَالُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَعْتَقَ شَرِيكًا لَهُ^(٢٨) فِي عَبْدٍ ، فَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شُرَكَاءُوهُ حِصَصَهُمْ ، وَالْأَفْقَدُ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ »^(٢٩) . وَلَأنَّه إِذَا سَرَى إِلَى إِبْطَالِ الْمَلِكِ ، الَّذِي هُوَ آكَدٌ مِنَ الْوَلَاءِ ، فَالْوَلَاءُ أَوْلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ^(٣٠) ، وَيَبْطُلُ بِمَا إِذَا عُلِقَ عَتَقَ نَصِيبِهِ بِصِفَةٍ^(٣١) .

فصل : وَإِنْ دَبَّرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَبَقِيَ نَصِيبُ الْآخَرِ عَلَى التَّدْبِيرِ ، إِنْ لَمْ يَفِ ثُلُثُهُ بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَفِي بِهِ^(٢٨) ، فَهَلْ يَسْرَى الْعَتَقُ إِلَيْهِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتْنَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قَالَ أَحْمَدُ / : إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ . وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ أَحْمَدَ جَعَلَ هَذَا اللَّفْظَ تَدْبِيرًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَصِيبِهِ ، وَمَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ ؛ فَإِنَّهُ قَابِلٌ

(٢٧) سقط من : ١ .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) تقدم تخرجه ، في : ٣٦٢/٧ .

(٣٠) في الأصل : « لهم » .

(٣١) في : ١ : « بصفته » .

الجُمْلَةَ بالجملة ، فيَنْصَرِفُ^(٣٢) إلى مُقَابِلَةِ البعض البعض ، كَقَوْلِهِ : رَكِبَ النَّاسُ دَوَابَّهُمْ ، وَلِسُوا نِيَابَهُمْ ، وَأَخَذُوا رِمَاحَهُمْ . يُرِيدُ لَيْسَ كُلُّ إِنْسَانٍ ثَوْبَهُ ، وَرَكِبَ دَابَّتَهُ ، وَأَخَذَ رُمْحَهُ . وكذلك لو^(٣٣) قال : أَعْتَقُوا عِبِيدَهُمْ . كان معناه ، أَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ عَبْدَهُ . وقال القاضي : هذا تَعْلِيلٌ لِلْحُرِّيَّةِ بِمَوْتِهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنَّمَا قَالَ أَحْمَدُ : يَعْتَقُ نَصِيبُهُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ وُجُودَ بَعْضِ الصِّفَةِ يَقُومُ مَقَامَ جَمِيعِهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ هَذِهِ الْعِلَّةُ ، لَعَتَّقَ الْعَبْدُ كُلَّهُ ، لَوْجُودِ بَعْضِ صِفَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَأَنَّا قَدْ أَبْطَلْنَا هَذَا الْقَوْلَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْقَاضِي أَنَّ لَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ قَبْلَ مَوْتِهِمَا جَمِيعًا . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَرَدْتُ أَنَّ الْعَبْدَ حُرٌّ بَعْدَ آخِرِنَا مَوْتًا . ابْتَنَى هَذَا عَلَى تَعْلِيلِ الْحُرِّيَّةِ عَلَى صِفَةٍ تُوجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِ ذَلِكَ ، عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ، عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ ذَلِكَ . عَتَقَ نَصِيبُ الْآخِرِ مِنْهُمَا بِالتَّدْبِيرِ . وَفِي سِرَافَتِهِ إِلَى بَاقِيهِ ، إِنْ كَانَ ثَلَاثُهُ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ ، رَوَاتَانِ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتُّ قَبْلَ شَرِيكِي ، فَنَصِيبِي لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ مِتُّ بَعْدَهُ ، فَنَصِيبِي حُرٌّ . فَقَدْ وَصَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، صَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، وَصَارَ وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لَهُ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ تَعْلِيلُ الْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا .

١٩٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ بَيْعُهُ فِي الدِّينِ)

ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ فِي الدِّينِ . وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُبَاعُ إِلَّا فِي دَيْنٍ يَغْلِبُ رَقَبَةَ الْعَبْدِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ يُسَاوِي أَلْفًا ، فَكَانَ عَلَيْهِ خَمْسُمَائَةٍ ، لَمْ يَبِعِ الْعَبْدُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : أَنَا أَرَى بَيْعَ الْمُدَبَّرِ فِي الدِّينِ ، وَإِذَا كَانَ فَقِيرًا لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، رَأَيْتُ أَنْ أُبَيْعَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَدْ بَاعَ الْمُدَبَّرَ ، لَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَهُ / لَا يَمْلِكُ ١١/١٩٦

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « فَنَصَرَفَ » . وَفِي ب ، م : « فَيَصَرَفَ » .

(٣٣) فِي م : « إِنْ » .

شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ (١) لما عليم (٢) حاجته (٣). وهذا قول إسحاق ، (٤) وأبي أيوب ، وأبي خيثمة (٥) ، وقالوا : إن باعه من غير (٦) حاجة ، أجزأه . ونقل جماعة عن أحمد ، جواز بيع المدبر مطلقاً ؛ في الدين وغيره ، مع الحاجة وعدمها . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن بيع المدبر ، إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه ، قال : له أن يبيعه ، محتاجاً كان إلى ذلك أو غير محتاج . وهذا هو الصحيح . وروى مثل هذا عن عائشة ، وعمر بن عبد العزيز ، وطاوس ، ومجاهد . وهو قول الشافعي . وكرة بيعه ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين ، والزهرري ، والثوري ، والأوزاعي ، والحسن بن صالح ، وأصحاب الرأي ، ومالك ؛ لأن ابن عمر ، رضي الله عنهما ، روى أن النبي ﷺ ، قال : « لا يباع المدبر ، ولا يشتري » (٧) . ولأنه استحق العتق بموت سيده ، أشبه أم الولد . ولنا ، ما روى جابر ، رضي الله عنه ، أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر ، فاحتاج ، فقال رسول الله ﷺ : « من يشتريه مني ؟ » . فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه ، وقال : « أنت أخوج منه » . متفق عليه (٨) . قال جابر : عبد (٩) قنطري ، مات عام أول ، في إمارة ابن الزبير . وقال أبو إسحاق الحوزجاني : صحت أحاديث بيع المدبر ، باستقامة الطريق ، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأي الناس . ولأنه عتق بصفة ، ثبت بقول المعتق (١٠) ، فلم يمنع البيع ، كما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر . ولأنه تبرع بمال بعد الموت ، فلم يمنع البيع في الحياة ، كالوصية . قال أحمد : هم يقولون : من قال : غلامي حر ، رأس الشهر . فله بيعه قبل رأس الشهر . وإن قال : غداً . فله بيعه اليوم . وإن قال : إذا مت .

(١-١) سقط من : ١ .

(٢) تقدم تحريجه ، في : صفحة ٤١٢ .

(٣-٣) في ١ : « وأبي ثور وأبي حنيفة » .

(٤) في ب : « لغير » .

(٥) انظر : ما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب المكاتب . سنن الدارقطني ١٣٨/٤ . والبيهقي ، في : باب من قال : لا يباع المدبر ولا يشتري ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ . وانظر : إرواء الغليل ١٧٧/٦ .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في الأصل : « العتق » .

قال : لا يبيعه ، فالموتُ أكثرُ من الأجل ، ليس هذا قياساً ، إن جازَ أن يبيعه قبلَ رأسِ الشهر ، فله أن يبيعه قبلَ مجيءِ الموتِ ، وهم يقولون في من قال : إن ميتاً من ^(٨) مَرَضِي هذا ، فعبدى حرٌّ . ثم لم يمُتْ من مَرَضِهِ ذلك ، فليس بشيء . وإن قال : إن ميتاً ، فهو حرٌّ . لا يباع . وهذا مُتناقضٌ ، إنَّما أصلُه الوصيةُ من التُّلُث ، فله أن يُعَيَّرَ وصيته مادام / ١٩٦/١١ ط حياً . فأما خبرُهُم ، فلم يصحَّ عن النَّبِيِّ ﷺ ، إنَّما هو من قول ابنِ عمرَ . قال الطَّحاوي : هو عن ابنِ عمرَ ، وليس بمُسْنَدٍ عن النَّبِيِّ ﷺ . ^(٩) ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ أرادَ بعدَ الموتِ ، أو على الاستحبابِ . أمَّا أُمُّ الْوَلَدِ ، فَإِنَّ عَتَقَهَا يَثْبُتُ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ سَيِّدَهَا ، وليس ^(٩) بتبرُّع ، ويكونُ من جميعِ المالِ ، ولا يُمكنُ إبطالُه بحالٍ ، والتدبيرُ بخلافه . ووجهُ قولِ الخِرَقِي ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، إنَّما باعَ المُدَبِّرَ عندَ الحاجةِ ، فلا يتجاوزُ به موضعَ الحاجةِ .

١٩٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَبَاغُ الْمُدَبَّرَةُ فِي الدِّينِ ^(١)) . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، الْأَمَةُ كَالْعَبْدِ (

لأنعلم هذا التفريق بين المُدَبَّرَةِ والمُدَبِّرِ عن غيرِ إمامنا ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وإنَّما اختلطَ في روايةِ المنعِ من بيعِها ؛ لأنَّ فيه إباحةً ^(٢) فَرَجَها ، وتَسْلِيْطُ مُشْتَرِيهَا على وطئِها ، مع وقوعِ الخلافِ في بيعِها وحلِّها ، فكَرَّةُ الإِقْدَامِ على ذلك مع الاختلافِ ^(٣) فيه ، والظاهرُ أنَّ هذا المنعَ منه كان على سبيلِ الوَرَعِ ، لا على التحريمِ الباتِّ ؛ فَإِنَّهُ إنَّما قال : لا يُعْجِبُنِي بَيْعُهَا . والصحيحُ جوازُ بيعِها ؛ فَإِنَّ عَائِشَةَ باعَتْ مُدَبَّرَةً لَهَا سَحَرَتْهَا ^(٤) . ولأنَّ المُدَبَّرَةَ في معنى المُدَبِّرِ ، فَمَا ثَبَّتَ فِيهِ ، ثَبَّتَ فِيهَا .

(٨) في ١ : « في » .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : ب . وبعده في م زيادة : « إلا » .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « الاختيار » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٠١/١٢ .

١٩٧٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، رَجَعَ فِي التَّذِيرِ)

وجملة ذلك ، أنَّ السَّيِّدَ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ عِثْقَهُ بِصِفَةٍ ، فَإِذَا بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَادَتِ الصِّفَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ . ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ^(١) التَّذْيِيرَ تَعْلِيلٌ بِصِفَةٍ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، فَتَبْطُلُ بِالْبَيْعِ ، وَلَا تَعُودُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِشَيْءٍ ثُمَّ بَاعَهُ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَلَمْ تَعُدْ بِشِرَائِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ عَوْدَ الصِّفَةِ بَعْدَ الشِّرَاءِ لَهُ فِيهِ قَوْلَانِ . وَالصَّحِيحُ مَا قَالَ الْخِرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَجَدَ فِيهِ التَّعْلِيلُ بِصِفَةٍ ، فَلَا يَزُولُ حُكْمُ التَّعْلِيلِ بِوُجُودِ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فِيهِ ، بَلْ هُوَ جَامِعٌ لِلْأَمْرَيْنِ ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ وَوُجُودِ الْحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، فَيُثْبِتُ حُكْمَهُمَا^(٢) فِيهِ .

١٩٧١ - / مسألة ؛ قال : (وَلَوْ دَبَّرَهُ ، ثُمَّ قَالَ : قَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِي ، أَوْ قَدْ أَبْطَلْتُهُ . لَمْ يَبْطُلْ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِثْقَ بِصِفَةٍ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، يَبْطُلُ التَّذْيِيرُ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي بُطْلَانِ التَّذْيِيرِ بِالرُّجُوعِ فِيهِ قَوْلًا ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِثْقَ بِصِفَةٍ ، فَلَا يَبْطُلُ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَالثَّانِيَةُ ، يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ نَفْسَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ وَصِيَّةً ، فَجَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ بِالْقَوْلِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بَعْدَ آخِرَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ . وَقَوْلُهُ الْجَدِيدُ كَالرَّوَايَةِ الْأُولَى . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ لِلْعِثْقِ بِصِفَةٍ . وَلَا يَصِحُّ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِهِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ ، وَإِنَّمَا تَحْصُلُ فِيهِ الْحُرِّيَّةُ ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ الرُّقُّ ، وَلِهَذَا لَا تَقْفُ الْحُرِّيَّةُ عَلَى قَبُولِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ ، وَتَنْجُزُ عَقِيبَ الْمَوْتِ ، كَتَنْجُزِهَا عَقِيبَ سَائِرِ الشُّرُوطِ ، وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ أَنْ يَجْمَعَ الْأَمْرَيْنِ ، فَيُثْبِتُ^(١) فِيهِ حُكْمَ التَّعْلِيلِ فِي امْتِنَاعِ الرُّجُوعِ ، وَيَجْتَمِعَانِ فِي حُصُولِ الْعِثْقِ بِالْمَوْتِ .

(١) سقط من : ب .

(٢) في ب ، م : « حكمها » .

(١) في أ ، ب ، م : « فثبت » .

فصل : إذا قال السيّد المُدبِّرُ: إذا أدَّتْ إلى وَرَثَتِي كذا وكذا^(٢)، فأنت حرٌّ. فهو رُجوعٌ عن التَّدبِيرِ، وَيَبْنِي على الرُّوَايَتَيْنِ؛ إن قلنا^(٣): له الرُّجوعُ بالقَوْلِ^(٤). بَطُلَ التَّدبِيرُ هُنَا. وإن قلنا: ليس له الرجوعُ. لن يُؤثِّرَ هذا^(٥) القولُ شيئاً. وإن دَبَّرَهُ كُلَّهُ، ثم رَجَعَ في نَصْفِهِ، صَحَّ، إذا قلنا: له الرُّجوعُ في جَمِيعِهِ. لأنَّه لما صَحَّ أن يُدَبِّرَ نَصْفَهُ ابتداءً، صَحَّ أن يَرْجِعَ في تَدبِيرِ نَصْفِهِ، وإن غَيَّرَ التَّدبِيرَ، فكان مُطْلَقاً، فجَعَلَهُ مُقَيِّداً، صار مُقَيِّداً، إن قلنا بصحَّةِ الرُّجوعِ^(٦) في التَّدبِيرِ^(٧)، وإلا فلا. وإن كان مُقَيِّداً، فأُطْلِقَهُ، صَحَّ، على كُلِّ حَالٍ؛ لأنَّه زيادةٌ، فلا يُمنَعُ منها. وإذا دَبَّرَ الأخرسَ، وكانت إشارته أو كتابته معلومةً، صَحَّ تَدبِيرُهُ. ويَصِحُّ رُجوعُهُ، إن قلنا بصحَّةِ الرُّجوعِ في التَّدبِيرِ؛ لأنَّ إشارته وكتابته تقومُ مقامَ نطقِ النَّاطِقِ في أحكامِهِ. وإن دَبَّرَ، وهو / ناطِقٌ، ثم صار ١٩٧/١١ ظ
أخرسَ، صَحَّ رُجوعُهُ بإشارته المَعْلُومَةِ أو كتابته. وإن لم تُفْهَمْ إشارته، فلا عِبرَةَ بها؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ رُجوعُهُ.

فصل : وإذا أَرَهَنَ المُدبِّرُ، لم يُبْطَلْ تَدبِيرُهُ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ، فإن مات السيّدُ، وهو رَهْنٌ، عَتَقَ، وأُخِذَ من تَرِكَةِ سَيِّدِهِ قِيَمَتُهُ، فتكون رَهْنًا مَكَانَهُ؛ لأنَّ عِتْقَهُ بسَبَبٍ من جِهَةِ سَيِّدِهِ، فأشْبَهَ ما لو باشرَهُ بِالْعِتْقِ نَاجِزًا.

فصل : وإن ارتدَّ المُدبِّرُ، وَلَحِقَ بدارِ الحَرْبِ، لم يُبْطَلْ تَدبِيرُهُ؛ لأنَّ مَلِكَ سَيِّدِهِ باقٍ عليه، وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ^(٨) بِالْعِتْقِ وَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ، إن كان مَقْدُورًا عَلَيْهِ، فإن سَبَّاه المسلمون، لم يَمْلِكُوهُ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ لِمَعْصُومٍ، وَيُرَدُّ إلى سَيِّدِهِ، إن عُلِمَ به قَبْلَ قَسَمِهِ، وَيُسْتَتَابُ، فإن تَابَ، وإلَّا قُتِلَ، وإن لم يُعْلَمَ به حتَّى قُسِمَ، لم يُرَدَّ إلى سَيِّدِهِ. في إحدَى الرُّوَايَتَيْنِ. والأُخْرَى، إن اخْتَارَ سَيِّدُهُ أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حُسِبَ به على آخِذِهِ، أَخْذَهُ،

(٢) سقط من: الأصل، ب، م.

(٣) في ب زيادة: « إن ».

(٤) في م: « بالقوع ». تحريف. ويَعْدُهُ فيها زيادة: « فظاهاه أنه ».

(٥) سقط من: م.

(٦-٦) سقط من: الأصل، ١.

(٧) سقط من: ب.

وإن لم يَحْتَرُ أَخْذَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . ومتى عاد إلى سيِّده بوجهٍ من الوجوه ، عاد تَذْيِيرُهُ ، وإن لم يُعَدَّ إلى سيِّده ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، كما لو بيع ، وكان رَقِيقًا لَمَن هو في يده . وإن مات سيِّده قبل سَبِيهِ ، عَتَقَ ، فإن سَبَى ^(٨) بعده هذا ^(٩) ، لم يُرَدَّ إلى ورثة سيِّده ؛ لأنَّ ملكه زال عنه بخرِّيته ، فصار كأحرار دار الحرب ، ولكن يُسْتَتَابُ ، فإن تاب وأسلم ، صار رَقِيقًا ، يُقَسَّمُ بين الغانمين ، وإن لم يُتَبَّ ، قُتِلَ ، ولم يُجَزَّ استرقاقه ؛ لأنَّه لا يجوز إقراره على كفره . وقال القاضى : لا يجوز استرقاقه إذا أسلم . وهو قول الشافعى ؛ لأنَّ فى استرقاقه إبطال ولأى المسلم الذى أعتقه . ولنا ، أنَّ هذا لا يَمْنَعُ قَتْلَهُ ، وإذْهَابَ نَفْسِهِ وَوَلَائِهِ ، فَلَا نَ لا يَمْنَعُ تَمْلُكُهُ أَوَّلَى ، ولأنَّ المملوك الذى لم يَعتقه سيِّده ، يَثْبُتُ المِلْكُ فيه للغانمين إذا لم يُعرَفْ مالكه بعينه ، ويَثْبُتُ فيه إذا قَسِمَ قبل العلم بمالكه ، والمِلْكُ آكَدُ من الولاء ، فَلَا نَ يَثْبُتُ مع الولاء وحده أَوَّلَى . فعلى هذا ، لو كان المُدَبِّرُ ذِمِّيًّا ، فَلَحِقَ بدار الحرب ، ثم مات سيِّده ، أو أعتقه ، / ثم قَدَرَ عليه المسلمون فسبوه ، ملكوه ، وقَسَمُوهُ . وعلى قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، لا يَمْلِكُونَهُ ، فإن كان سيِّده ذِمِّيًّا ، جاز استرقاقه فى قول القاضى . ولأصحاب الشافعى فى استرقاقه وجهان ؛ أحدهما ، يجوز . وهذا حُجَّةٌ عليهم ؛ لأنَّ عِصْمَةَ مال الذمى ، كعِصْمَةِ مال المسلم ، بدليل قطع سارقه ، سواء كان مسلمًا أو ذِمِّيًّا ، ووُجُوبُ ضَمَانِهِ ، وتَحْرِيمُ تَمْلُكِ مالِهِ ، إذا أَخَذَهُ الكُفَّارُ ، ثم قَدَرَ عليه المسلمون ، فأذركه صاحبه قبل القسمة . قال القاضى : الفرق بينهما ، أنَّ سيِّده ههنا لو لَحِقَ بدار الحرب ، جاز تَمْلُكُهُ ، فجاز تَمْلُكُ عِتْقِهِ ، بخلاف المسلم . قلنا : إنَّما جاز استرقاق سيِّده ، لِزَوَالِ عِصْمَتِهِ ، وذِهابِ عاصِمِهِ ، وهو ذِمَّتُهُ وَعَهْدُهُ ، وأما إذا ارْتَدَّ مُدَبِّرُهُ ، فإنَّ عِصْمَةَ وَلَائِهِ ثابتة بعِصْمَةِ مَنْ لَهُ وَلَاؤُهُ ، وهو والمسلم فى ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولأى أحدهما ، جاز فى الآخر مثله .

و ١٩٨/١١

فصل : فإن ارْتَدَّ سيِّدُ ^(٩) المُدَبِّرِ ، فذكر القاضى ، أنَّ المذهب أنَّه يكون مَوْقُوفًا ، فإن عاد إلى الإسلام ، فالتذْيِيرُ باقٍ بحاله ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ ملكه لم يُزَلْ ، وإن قُتِلَ أو مات على رِدَّتِهِ ، لم يَعتِقِ المُدَبِّرُ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ ملكه زال بِرِدَّتِهِ . وقال أبو بكر : قياس قول أبى عبد

(٨-٨) فى ١ : « بعدها » .

(٩) فى ب ، م : « سيده » .

الله ، أن تَذِيرَهُ يَبْطُلُ بِالرَّدِّ ، فإن عاد إلى الإسلام ، اسْتَأْنَفَ التَّذِيرَ . وقال الشَّافِعِيُّ :
 التَّذِيرُ بَاقٍ ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَن تَذِيرَهُ سَبَقَ رَدُّهُ ، فهو كَيْبَعُهُ وَهَبَتْهُ قَبْلَ ارْتِدَائِهِ .
 وهذا يُبَيِّنُ عَلَى الْقَوْلِ فِي مَالٍ ^(١٠) الْمُرْتَدُّ ، هل هو باقٍ على مِلْكِهِ ، أو قد زال بِرَدِّهِ ؟ وقد
 ذَكَرَ فِي بَابِ الْمُرْتَدِّ ^(١١) . فَأَمَّا إِنْ دَبَّرَ فِي حَالِ رَدِّهِ ، فَتَذِيرُهُ مُرَاعَى ، فإن عاد إلى
 الإسلام ، تَبَيَّنَ أَنَّ تَذِيرَهُ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ عَلَى رَدِّهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا ، وَلَمْ
 يَعْتَقِ الْمُدَبِّرُ . وقال ابنُ أَبِي مُوسَى : تَذِيرُهُ بَاطِلٌ . وهذا قولُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ ^(١٢) الْمَلِكَ
 عِنْدَهُ ^(١٣) يَزُولُ بِالرَّدِّ ، وَإِذَا أَسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ تَمْلِيكًا ^(١٤) مُسْتَأْنَفًا .

١٩٧٢ - / مسألة ؛ قال : (وَمَا وَلَدَتِ الْمُدَبِّرَةُ بَعْدَ تَذِيرِهَا ، فَوَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا) ١٩٨/١١ ظ

وجملته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تذيرها ، لا يخلو من حالين ؛ أحدهما ، أن
 يكون موجودًا حال تذيرها ، ويُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَن تَأْتِي بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ التَّذِيرِ ،
 فهذا يَدْخُلُ مَعَهَا فِي التَّذِيرِ . بِلَا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَضُوٍّ مِنْ أَعْضَائِهَا . فَإِنْ
 بَطُلَ التَّذِيرُ فِي الْأُمِّ ؛ لِبَيْعٍ ، أَوْ مَوْتٍ ، أَوْ رُجُوعٍ بِالْقَوْلِ ، لَمْ يَنْطَلِقْ فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَّتَ فِيهِ
 أَصْلًا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَن تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ التَّذِيرِ ، فهذا يَتَّبَعُ أُمَّهُ فِي التَّذِيرِ ، وَيَكُونُ حُكْمُهُ
 كَحُكْمِهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، رُويَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ
 مَسْعُودٍ ^(١) ، وَابْنِ عَمَرَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمُجَاهِدٌ ،
 وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْتَّحَمِيُّ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ
 صَالِحٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ حَنْبَلًا نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ وَلَدَ الْمُدَبِّرَةِ
 عَبْدٌ ، إِذَا لَمْ يَشْتَرِطِ ^(٢) الْمَوْلَى . قَالَ : فَظَاهِرُهُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهَا ، وَلَا يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا .
 وَهَذَا قَوْلُ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَّبَعُهَا .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « مَلِكٌ » .

(١١) تَقْدِمُ فِي : ٢٧٤/١٢ .

(١٢-١٣) فِي : « الْمَالُ » .

(١٣) فِي ب ، م : « تَمْلِكَا » .

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي وَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ مِنْ قَالَ : هُمْ بِمَنْزِلَتِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ١٦٥/٦ .

(٢) فِي ب ، م : « يَشْتَرِطُ » .

وهو اختيار المزنّى ؛ لأنّ عتقها مُعلّق بصفة ، تثبّت بقول المُعتق وحده ، فأشبهت مَنْ عُلّق عتقها بدخول الدار . قال جابر بن زيد : إنّما هو بمنزلة الحائِط تصدّقت به إذا مِتَّ ، فإن ثمرته لك ما عشت . ولأنّ التّذبير^(٣) وصيّة ، ووُلد الموصى بها قبل الموت لسَيِّدها . ولنا ، ما روى عن عمر ، وابن عمر ، وجابر^(٤) ، أنّهم قالوا : ولّد المُدبّرة بمنزلة نفسها . ولم نَعْرِفْ لهم في الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، ولأنّ الأمّ استحققت الحرية بموت سيِّدها ، فيتبّعها ولدها ، كأُمّ الولد ، ويُفارق التعلّق بصفة في الحياة ، والوصيّة ، من جهة أنّ التّذبير أكّد من كلّ واحد منهما ؛ لأنّه اجتمع فيه الأمران ، وما وجد فيه سببان أكّداً مما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ، ولا بالرّجوع عنه . فعلى هذا ، إن بطل التّذبير في الأمّ لمعنى اختصّ بها ؛ من بيع ، أو موت ، أو رجوع ، لم يَبْطُلْ في ولدها ، ويعتق بموت سيِّدها ، كما لو كانت / أمّه باقية على التّذبير ، فإن لم يتسّع الثلث لهما جميعاً ، أقرع بينهما ، فأيهما وقعت القرعة عليه ، عتق إن احتمله الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث . وإن فضّل من الثلث بعد عتقه شيء ، كُمّل من الآخر ، كما لو دبر عبداً وأمةً معاً . وأمّا الولد الذي وجد قبل التّذبير ، فلا نَعْلَمُ خلافاً في أنّه لا يتبّعها ؛ لأنّه لا يتبّع^(٥) في العتق المنجز ، ولا في حُكْم الاستيلاء ، ولا في الكتابة ، فلأن لا يتبّع في التّذبير أولى . قال الميمونيّ : قلت لأحمد : ما كان من ولد المُدبّرة قبل أن تُدبّر ، يتبّعها ؟ قال : لا يتبّعها من ولدها ما كان قبل ذلك ، إنّما يتبّعها ما كان بعد ما دُبِّرَتْ . وقال حنبلٌ : سمعتُ عمّي يقول ، في الرّجل يُدبّر الجارية ولها ولدٌ ، قال : ولدها معها . وجعل أبو الخطّاب هذه روايةً ، في أنّ ولدها قبل التّذبير يتبّعها . وهذا بعيدٌ ، والظاهر أنّ أحمد لم يُرِدْ أنّ ولدها قبل التّذبير معها ، وإنّما أراد ولدها بعد التّذبير ، على ما صرّح به في غير هذه الرواية ؛ فإنّ ولدها الموجود لا يتبّعها في عتق ، ولا كتابة ، ولا استيلاء ، ولا بيع ، ولا هبة ، ولا رهن ، ولا شيء من الأسباب النّاقلة للملك في الرّقبة .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه عن جابر وابن عمر ، البيهقي ، في : باب ما جاء في ولد المدبرة ... ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٥/١٠ . وعن ابن عمر ، عبد الرزاق ، في : باب أولاد المدبرة ، من كتاب المدبر . المصنف ١٤٤/٩ .

(٥) في ب : « يعتق » .

فصل : فَإِنْ عَلَّقَ عَتَقَ أُمَّتَهُ بِصِفَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ التَّعْلِيقِ ، تَبِعَهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ وُجُودِ الصَّفَةِ ، ^(٦) عَتَقَ مَعَهَا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيقِ ، وَوَلَدَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصَّفَةِ ^(٧) ، لَمْ يَتَّبِعْهَا فِي الصَّفَةِ ، وَلَمْ يَغْتَقِ بِوُجُودِهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَغْتَقِ بِهَا ، وَيَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي ذَلِكَ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَوَجْهُ إِتْبَاعِهِ إِيَّاهَا ، أَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْمُدْبِرَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِلْكًا كَامِلًا ، وَيُسَاحُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي رَقَبَتِهَا بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ، فَلَمْ يَغْتَقِ وَلَدُهَا بِعِتْقِهَا ، كَالْمَوْصَى بِعِتْقِهَا ، أَوِ الْمُوَكَّلَ فِيهِ ، وَتَفَارِقُ الْمُدْبِرَةَ ؛ / فَإِنَّ التَّذْيِيرَ آكَدُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا ، وَلِهَذَا اخْتَلَفَ فِي جَوَازِ بَيْعِهَا ، ١٩٩/١١ ط وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الْمُدْبِرِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَعَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَاللَّيْثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ . وَإِنْ تَسَرَّى ^(٨) بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَوَلَدَ لَهُ أَوْلَادٌ ، فُرِوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهُ فِي التَّذْيِيرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَةَ التَّسَرُّي ^(٩) تَنْبَنِي عَلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ ، وَوَلَدُ الْحُرِّ مِنْ أُمِّهِ يَتَّبِعُهُ فِي الْحُرِّيَّةِ ^(٩) دُونَ أُمِّهِ ^(٩) ، كَذَلِكَ وَلَدُ الْمُدْبِرِ مِنْ أُمِّهِ يَتَّبِعُهُ ^(١٠) دُونَهَا ، وَلِأَنَّهُ وَلَدٌ مَنْ يَسْتَحِقُّ ^(١١) الْحُرِّيَّةَ مِنْ أُمِّهِ ، فَيَتَّبِعُهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلَدِ الْمُكَاتَبِ مِنْ أُمِّهِ .

فصل : وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُدْبِرَةُ ، فَرَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ الرَّجُوعِ ، لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُتَفَصِّلَ لَا يَتَّبِعُ فِي الْحُرِّيَّةِ وَلَا فِي التَّذْيِيرِ ، فَفِي الرَّجُوعِ أَوَّلَى . وَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهِ وَحْدَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الرَّجُوعُ فِي الْأُمِّ الْمُبَاشَرَةَ بِالتَّذْيِيرِ ، فَفِي غَيْرِهَا أَوَّلَى . وَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ، جَازَ ، كَمَا لَوْ ذَبَرَهَا وَابْنَهَا الْمُتَفَصِّلَ . وَإِنْ ذَبَرَهَا حَامِلًا ، ثُمَّ

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) في الأصل : « اشترى » .

(٨) في الأصل : « الشراء » .

(٩-٩) في م : « دونها » .

(١٠) في الأصل : « يتبعها » .

(١١) سقط من : ب .

رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا حَالِ حَمْلِهَا ، لَمْ يَتَّبِعْهَا الْوَلَدُ فِي الرُّجُوعِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ إِعْتَاقٌ ، وَإِلْإِغْتَاقٌ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرِّيَةِ ، وَالرُّجُوعُ عَنْهُ بَعْكَسٌ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَتَّبِعِ الْوَلَدُ فِيهِ . وَهَذَا كَمَا لَوْ وَلِدَ لَهُ تَوَّامَانِ ، فَأَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا ، لَزِمَاهُ جَمِيعًا ، وَإِنْ نَفَى أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَتَّبِعِ الْآخَرَ ، وَإِنْ رَجَعَ فِيهِمَا جَمِيعًا ، جَازَ ، وَإِنْ رَجَعَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، جَازَ . وَإِنْ دَبَّرَ الْوَلَدُ دُونَ أُمِّهِ ، أَوِ الْأُمُّ دُونَ وَلَدِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، فَجَوَّازٌ أَنْ يُدَبَّرَ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ أَوَّلَى ، وَلَآئِهٖ ^(١٢) ^(١٣) تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ ^(١٤) بِصِفَةِ ، / فَجَازَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، كَالْتَعْلِيْقِ بِذُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ دَبَّرَ أُمُّهُ ، ثُمَّ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِي . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِصِفَةٍ . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا ، فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِهِ . لَمْ يَصِحَّ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْمُدَبِّرَةُ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهَا فِي وَلَدِهَا ، فَقَالَتْ : وَلَدْتُهُمْ بَعْدَ تَدْبِيرِي ، فَعْتَقُوا مَعِيَ . وَقَالَ الْوَرَثَةُ : بَلْ وَلَدْتَهُمْ ^(١٥) قَبْلَ تَدْبِيرِكَ ، فَهُمْ مَمْلُوكُونَ لَنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ رِقَّتِهِمْ ، وَإِنْتِفَاءُ الْحُرِّيَّةِ عَنْهُمْ ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُوَافِقُ قَوْلَهُ الْأَصْلَ .

فصل : وَكَسَبُ الْمُدَبِّرِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ لِسَيِّدِهِ ، لَهُ ^(١٥) أَخْذُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَخْرُجُ عَنْ شِبْهِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ، أَوْ بِالتَّعْلِيْقِ لَهُ عَلَى صِفَةٍ ، أَوْ بِالْأَسْتِيلَادِ ، وَكُلُّ هَؤُلَاءِ كَسْبُهُمْ لِسَيِّدِهِمْ ، فَكَذَلِكَ الْمُدَبِّرُ . فَإِنْ اخْتَلَفَ هُوَ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهِ فِيمَا فِي يَدِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَقَالَ : كَسَبْتُهُ بَعْدَ حُرِّيَّتِي . وَقَالُوا : بَلْ قَبْلَ ذَلِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ ، فَإِنَّهُ كَانَ رَقِيقًا لَهُمْ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بَدْعَوَاهُ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْوَرَثَةِ ، عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، وَبَيِّنَةُ الْمُدَبِّرِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاحِلِ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُدَبِّرُ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي يَدِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، ثُمَّ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ

(١٢) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

(١٣-١٤) في الأصل : « يتعلق للمعتق » .

(١٤) في ١ ، ب ، م : « ولدتهم » .

(١٥) في م : « وله » .

الوارث ؛ لأن الأصل معهم . فإن أقام المدبر بينة بدعواه ، قبلت ، وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة ؛ لأن بينة المدبر تشهد بزيادة ، وإن لم يقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده ، فأقام الورثة بينة به ، فهل تُسمع بينتهم ؟ على وجهين .

١٩٧٣ - مسألة : قال : (وَلَهُ إِصَابَةُ مُدْبِرَتِهِ)

يَعْنِي : لَهُ وَطُوهَا . رَوَى عَنْ أَبِي عَمَرَ ، أَنَّهُ دَبَّرَ أَمَتَيْنِ ، وَكَانَ ^(١) / يَطُوهَا ^(٢) . وَمِمَّنْ ٢٠٠/١١ ظ
رَأَى ذَلِكَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَمَالِكٌ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا كَرِهَ ذَلِكَ ، غَيْرَ الزُّهْرِيِّ .
وَحُكِيَ عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : إِنْ كَانَ يَطُوهَا قَبْلَ تَذْيِيرِهَا ، فَلَا بَأْسَ بِوَطْئِهَا
بَعْدَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَطُوهَا ^(٣) قَبْلَهُ ، لَمْ يَطُأْهَا ^(٤) بَعْدَ تَذْيِيرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مَمْلُوكَتُهُ ، لَمْ تَشْتَرِ
نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَحَلَّ لَهُ وَطُوهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ
مَمْلُوكِينَ ﴾ ^(٥) . وَكَأَمُّ الْوَلَدِ .

فصل : وَابْنَةُ الْمُدْبِرَةِ كَأُمُّهَا ؛ فِي حِلِّ وَطْئِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ أُمُّهَا . وَعَنْهُ ، ^(٦) لَيْسَ لَهُ
وَطُوهَا ^(٣) ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ ثَبَتَ لَهَا تَبَعًا ، أَشْبَهَ وَلَدَ الْمُكَاتِبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَلِكَ سَيِّدِهَا تَامٌّ
فِيهَا ^(٦) ، فَحَلَّ لَهُ وَطُوهَا ؛ لِلآيَةِ ، وَكَأُمُّهَا ، وَاسْتَحْقَاقُهَا لِلْحُرِّيَّةِ لَا يَزِيدُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ
أُمِّهَا ، وَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَطْأَهَا . وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتِبَةِ ، فَأَلْحَقَتْ بِأُمِّهَا ، وَأُمُّهَا يَحْرُمُ وَطُوهَا ،
فكَذَلِكَ ابْنَتُهَا ، وَأُمُّ هَذِهِ يَحِلُّ وَطُوهَا ، فَيَجِبُ إِلْحَاقُهَا بِهَا ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ
وَطِئَ أُمُّهَا ، ^(٧) فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ ؛ لِذَلِكَ ^(٧) .

(١) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب مس الرجل وليدته إذا دبرها ، من كتاب المدبر . الموطأ ٨١٤/٢ . والبيهقي ، في :
باب وطء المدبرة ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٥/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ مدبرته ، من
كتاب المدبر . المصنف ١٤٧/٩ .

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل ، ١ : « التدبير » .

(٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٦) في م : « عليها » .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

١٩٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَنْكَرَ التَّذْيِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ)

وجملته أن العبد إذا ادّعى على سيّده أنه دبره ، فدعواه صحيحة ؛ لأنه يدعى استحقاق العتق . ويحتمل أن لا تصحّ الدعوى ؛ لأن السيّد إذا أنكر التذير كان بمنزلة إنكار الوصيّة ، وإنكار الوصيّة رجوع عنها ، في أحد الوجهين ، فيكون إنكار التذير رجوعاً عنه ، والرجوع عنه يبطّله ، في (إحدى الروايتين) ^(١) ، فتبطل الدعوى . والصحيح أن الدعوى صحيحة ؛ لأن الصحيح أن الرجوع عن التذير لا يبطّله ، ولو أبطله ، فماتت كون الإنكار رجوعاً ، ولو ثبت ذلك ، فلا يتعيّن الإنكار جواباً للدعوى ، فإنه يجوز أن يكون جوابها إقراراً . فإذا ثبت هذا ، فإن السيّد إن أقر ، فلا كلام ، وإن أنكر ولم تكن للعبد بيّنة ، فالقول قول المنكر مع يمينه ؛ لأن الأصل عدمه ، وإن كانت للعبد بيّنة ، ^{٢٠١/١١} وحكم بها ، ويُقبل فيه شاهدان عدلان ، بلا خلاف . وإن لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه . أو شاهد وامرأتان ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يحكم به . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنّ الثابت به الحرّية ، وكأل الأحكام ، وهذا ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال ، فأشبهه النكاح والطلاق . والثانية ، يثبت بذلك ؛ لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه ، فأشبهه البيع . وهذا أجود ؛ لأنّ البيّنة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه ، وهي ^(٢) في حقه إزالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا . وإن حصل به غرض آخر للمشهود له ، فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البيّنة ، ولأنّ العتق ممّا يتشوّف إليه ، ويبنى ^(٣) على التغليب والسراية ، فينبغي أن يسهل طريق ^(٤) إثباته ، وإن كان الاختلاف بين العبد ^(٥) وورثة السيّد بعد موته ، فهو كما لو كان الخلاف مع السيّد ، إلا أن الدعوى صحيحة ، بغير خلاف ؛ لأنهم لا يملكون الرجوع ،

(١-٢) في ب ، م : « أحد الوجهين » .

(٢) في ا ، ب : « وهو » .

(٣) في الأصل : « وينبنى » .

(٤) في الأصل : « طرق » .

(٥) في م : « العبيد » .

وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِي الْعَلِيمِ ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي فِعْلِ مَوْرُوْثِهِمْ ، وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِي فِعْلِهِ ، وَتَجِبُ
الْيَمِينَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَمَنْ تَكَلَّ مِنْهُ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ . وَكَذَلِكَ
إِنْ أَقَرَّ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ بِفِعْلِ الْمَوْرُوْثِ ، لَا بِفِعْلِ الْمُقَرِّ ، وَلَا النَّكِيلِ .

١٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا دَبَّرَ عَبْدُهُ ، وَمَاتَ ^(١) ، وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ ^(٢)
ذَيْنِ فِي ذِمَّةٍ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلُثَهُ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ ذَنْبِهِ شَيْءٌ ، أَوْ
حَضَرَ مِنْ مَالِهِ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ مَقْدَارَ ثُلُثِهِ كَذَلِكَ ، حَتَّى ^(٣) يَغْتَقِ ^(٤) كُلَّهُ
مِنَ الثَّلَاثِ ^(٥))

وجملته ^(٥) أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ، وَمَاتَ ، وَلَهُ مَالٌ سِوَاهُ يَفِي بِثُلُثِي مَالِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ غَائِبٌ ،
أَوْ ذَيْنِ فِي ذِمَّةٍ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَغْتَقِ جَمِيعُ الْعَبْدِ ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَتَلَفَ الْغَائِبُ ، أَوْ يَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ / ٢٠١/١١ ظ
الدَّيْنِ ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، وَهُوَ شَرِيكُ الْوَرَثَةِ فِيهَا ، لَهُ ثُلُثُهَا ، وَلَهُمُ ثُلَاثُهَا ، فَلَا
يَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ عَلَى جَمِيعِهَا ، وَلَكِنَّهُ يَنْجُزُ ^(٦) عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ مَوْقُوفًا ^(٧) ؛ لِأَنَّ ثُلُثَهُ
حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، لِأَنَّ أَسْوَأَ الْأَحْوَالِ أَنْ لَا يَحْصُلَ مِنْ سَائِرِ الْمَالِ شَيْءٌ ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ
جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، فَيَغْتَقِ ثُلُثَهُ ، كَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ^(٨) ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى ^(٩) مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ،
أَوْ حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ قَدْرَ ثُلُثِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِائَةً ، وَقَدِمَ مِنْ ^(٩)
الْغَائِبِ مِائَةً ، عَتَقَ ثُلُثَهُ الثَّانِي ، فَإِذَا قَدِمَتْ مِائَةٌ أُخْرَى ، عَتَقَ ثُلُثَهُ الْبَاقِي . وَإِنْ بَقِيَ لَهُ ذَيْنِ
بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ مَالٌ غَائِبٌ ، لَمْ يُؤَثَّرْ بِقَاوِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ يُخْرِجُ الْمُدَبَّرَ كُلَّهُ مِنْ

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب زيادة : « له » .

(٣) في م : « متى » . تحريف .

(٤-٤) في م : « الثلث حتى كله » .

(٥) في م : « وجمله ذلك » .

(٦) في ا ، ب ، م : « يتنجز » .

(٧) في م : « موقوفين » .

(٨-٨) في الأصل : « وما أفضى » .

(٩) سقط من : الأصل .

ثُلْثُهُ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُمْ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ، حَتَّى يُسْتَوْفَى مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، أَوْ يَقْدَمَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، فَيَعْتَقَ مِنَ الْعَبْدِ قَدْرَ نَصْفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ ، وَالْعَبْدُ شَرِيكُهُمْ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ عَلَى شَيْءٍ ، مَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ مِثْلَاهُ . فَإِنْ تَلَفَ الْغَائِبُ ، وَتُسَّ مِنْ اسْتِيفَاءِ الدِّينِ ، عَتَقَ ثُلْثُهُ حِينَئِذٍ ، وَمَلَكَوا ثُلْثِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ صَارَ جَمِيعَ التَّرَكَةِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ثُلْثَ الْعَبْدِ خَارِجٌ ^(١٠) مِنَ الثُّلْثِ يَقِينًا ، وَإِنَّمَا الشُّكُّ فِي الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ ، وَمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ يَقِينًا ، يَجِبُ أَنْ يَكُونَ حُرًّا يَقِينًا ، لِأَنَّ التَّذْيِيرَ صَحِيحٌ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَنْفَدُ فِي الثُّلْثِ ، وَوَقَفَ هَذَا الثُّلْثُ عَنِ الْعَتَقِ ، مَعَ يَقِينِ حُصُولِ الْعَتَقِ فِيهِ ، وَوُجُودِ الْمُقْتَضَى لَهُ ، وَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَفِّهِ ، لَا مَعْنَى لَهُ ، وَكَوْنُ الْوَرِثَةِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ ، لِمَعْنَى اخْتِصَافِهِمْ ، لَا يُوجِبُ أَنْ لَا يَحْصُلَ لَهُ شَيْءٌ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ الْمَعْنَى فِيهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَبْرَأَ غَرِيمَهُ مِنْ دِينِهِ ، وَهُوَ جَمِيعُ التَّرَكَةِ ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ ثُلْثِهِ وَإِنْ ^(١١) لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرِثَةِ شَيْءٌ . وَلَوْ كَانَ الدِّينُ مُوجِبًا ، فَأَبْرَأَهُ مِنْهُ ، بَرَى مِنْ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَأَخَّرَ اسْتِيفَاءُ الثُّلْثَيْنِ إِلَى الْأَجَلِ ^(١٢) . وَلَوْ كَانَ الْغَرِيمُ مُعْسِرًا ، بَرَى مِنْ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَأَخَّرَ الْبَاقِي إِلَى الْمَيْسَرَةِ . وَلِأَنَّ تَأْخِيرَ عَتَقِ الثُّلْثِ لَا فَائِدَةَ لِلْوَرِثَةِ فِيهِ ، وَيُفَوِّتُ نَفْعَهُ لِلْمُدَبِّرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَثْبُتَ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ كُلَّهُ ، بِقُدُومِ الْغَائِبِ ، / أَوْ اسْتِيفَاءِ الدِّينِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا حِينَ الْمَوْتِ ، فَيَكُونُ كَسْبُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَتَقَ بِالتَّذْيِيرِ ، وَوُجُودِ الشَّرْطِ الَّذِي عَلَّقَ عَلَيْهِ السَّيِّدُ حُرِّيَّتَهُ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَإِنَّمَا وَقَفْنَاهُ لِلشُّكِّ فِي خُرُوجِهِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِذَا زَالَ الشُّكُّ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ زَوَالِ الشُّكِّ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ ثَلَاثَاهُ رَقِيقًا ، وَلَمْ يَعْتَقِ مِنْهُ سِوَى ثُلْثِهِ . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَالِ ، رَقَّ مِنَ الْمُدَبِّرِ مَا زَادَ عَلَى قَدْرِ ثُلْثِ الْحَاصِلِ مِنَ الْمَالِ .

٢٠٢/١١

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ عَبْدَيْنِ ، وَلَهُ دَيْنٌ ، يَخْرُجَانِ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ، عَلَى تَقْدِيرِ حُصُولِهِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مِمَّنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدْرُ ثُلْثِهِمَا ، وَكَانَ بَاقِيهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ مَوْقُوفًا ، فَإِذَا اسْتَوْفَى مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، كَمَّلَ مِنْ عَتَقِ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدْرَ ثُلْثِهِ ،

(١٠) فِي ب : « عَنْ » .

(١١) سَقَطَتْ « إِنْ » مِنْ : م .

(١٢) فِي ب : « أَجَل » .

وما فَضَلَ عَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَعْتَقَا جَمِيعًا ، أَوْ مِقْدَارُ الثُّلُثِ مِنْهُمَا . وَإِنْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ ، لَمْ يَرِدْ^(١٣) الْعِتْقُ عَلَى قَدَرِ ثُلُثَيْهِمَا . وَإِنْ خَرَجَ الَّذِي وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ثُلُثُهُ .

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ مِائَةٌ دَيْنًا ، عَتَقَ ثُلُثُهُ ، وَرَقُّ ثُلُثُهُ ، وَوَقَفَ ثُلُثُهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الثُّلُثِ الْبَاقِي . وَإِذَا^(١٤) كَانَتْ لَهُ مِائَةٌ حَاضِرَةً مَعَ ذَلِكَ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلَاثًا ، وَوَقَفَ عِتْقُ^(١٥) ثُلُثِهِ عَلَى اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : وَإِنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، وَلَهُ مِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى أَحَدِهِمَا ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلَاثًا ؛ لِأَنَّ^(١٦) حِصَّةَ الَّذِي^(١٦) عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ الْمُسْتَوْفَى ، وَيَسْقُطُ عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ نِصْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرُ حِصَّتِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَيَبْقَى الْآخَرُ عَلَيْهِ مِائَةٌ ، كَلَّمَا اسْتَوْفَى مِنْهَا شَيْئًا ، عَتَقَ قَدَرُ ثُلُثِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى الْابْنَيْنِ بِالسُّوِّيَّةِ ، عَتَقَ الْمُدَبَّرُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ قَدَرُ حَقِّهِ ، وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ لَهُ^(١٧) بِسُقُوطِهِ^(١٨) مِنْ ذِمَّتِهِ .

فصل : فَإِنْ دَبَّرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ وَمِائَتَيْنِ دَيْنًا لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلُثُهُ ، وَسَقَطَ عَنِ الْغَرِيمِ مِائَةٌ ، وَكَانَ لِلْمَوْصَى لَهُ^(١٩) سُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِلْابْنَيْنِ / ثُلُثُهُ ، وَيَبْقَى سُدُسُ الْعَبْدِ مَوْقُوفًا ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ ٢٠٢/١١ ثُلَاثًا ، وَهُوَ الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ السَّاقِطَةُ عَنِ الْغَرِيمِ ، وَثُلُثُ ذَلِكَ مَقْسُومٌ بَيْنَ الْمُدَبَّرِ وَالْمَوْصَى نِصْفَيْنِ ، فَحِصَّةُ الْمُدَبَّرِ مِنْهُ ثُلُثُهُ ، يَعْتَقُ فِي الْحَالِ ، وَيَبْقَى لَهُ السُّدُسُ^(٢٠) مَوْقُوفًا ، فَكَلَّمَا

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « يَجْزِ » .

(١٤) فِي ١ ، ب : « وَإِنْ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦-١٦) فِي الْأَصْلِ : « حَصَّتُهُ لِلَّذِي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « بِالسَّقُوطِ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(٢٠) فِي ١ ، ب : « سُدُسِ » .

أَقْتَضَى مِنَ الْمِائَةِ الْبَاقِيَةِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ قَدْرُ سُدْسِهِ ، وَيَكُونُ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْإِبْنِ^(٢١) وَالْوَصِيِّ أَثْلًا ، فَإِذَا اسْتَوْفِيَتْ كُلُّهَا ، حَصَلَ لِلابْنِ ثُلَاثُهَا ، وَثُلُثُ الْعَبْدِ^(٢٢) وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَكُمِّلَ فِي الْمُدَبِّرِ عَتَقُ نِصْفِهِ ، وَحَصَلَ لِلْوَصِيِّ سُدُسُ الْعَبْدِ وَثُلُثُ الْمِائَةِ^(٢٣) ، وَهُوَ^(٢٤) قَدْرُ حَقِّهِ^(٢٥) . وَإِنْ كَانَ الدِّينُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَعتَقْ مِنَ الْمُدَبِّرِ إِلَّا سُدُسُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ التَّرَكَةِ هُوَ الْعَبْدُ ، وَثُلُثُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، وَلِلْوَصِيِّ سُدُسُهُ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سُدُسُهُ ، وَيَبْقَى ثُلُثُهُ مَوْفُوعًا ، فَكُلَّمَا أَقْتَضَى^(٢٦) مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبِّرِ قَدْرَ سُدْسِهِ ، وَكَانَ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ وَالْوَصِيِّ أُسْدَاسًا ؛ لِلْوَصِيِّ سُدُسُهُ ، وَلَهُمَا خَمْسَةُ أُسْدَاسِهِ ، فَيَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ الْمِائَةِ وَثُلُثُهَا وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَحْصُلُ لِلْوَصِيِّ سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَعتَقُ مِنَ الْمُدَبِّرِ نِصْفَهُ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ .

١٩٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا دَبَّرَ قَبْلَ الْبُلُوغِ كَانَ تَدْبِيرُهُ جَائِزًا ، إِذَا كَانَ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ فَصَاعِدًا ، وَكَانَ يَعْرِفُ التَّدْبِيرَ . وَمَا قُلْتُهُ فِي الرَّجُلِ ، فَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُ ، إِذَا كَانَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ فَصَاعِدًا)

وجملته أن تدبیر الصبی المُمیز ، ووصیته ، جائزة . وهو^(١) إحدى الروایتین عن مالک ، وأحد قولی الشافعی . قال بعض أصحابه : هو أصحُّ قولیه . وروی ذلك عن عمر ، وشريح ، وعبد الله بن عتبة . وقال الحسن ، وأبو حنيفة : لا یصحُّ تدبیره ، كالمجنون^(٢) . وهو الروایة الثانية عن مالک ، والقول الثاني للشافعی ؛ لأنه لا یصحُّ إعتاقه ، فلم یصحَّ تدبیره ، كالمجنون . ولنا ، ما روی سعيده^(٣) ، عن هشيم ، عن يحيى^(٤)

(٢١) في م : « الابن » .

(٢٢-٢٣) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣-٢٤) في الأصل : « وقدر حصته » .

(٢٤) في الأصل : « أقضى » .

(١) في م : « وهذا » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في : باب وصية الصبي ، من كتاب الوصايا . السنن ١/١٢٦ ، ١٢٧ .

وتقدم تخريجه عند مالک والبيهقي ، في : ٥٠٩/٨ .

(٤) في ب ، م زيادة : « عن » .

ابن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد ، أن غلاماً من الأنصار أوصى لأخوال له من عَسَّان ، بأرض يُقال لها : بئر جُشَم^(٥) ، قُومَتْ بثلاثين ألفاً ، فُرِفِعَ ذلك إلى عمر بن الخطاب ، فأجاز الوصية . قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابنَ عشرِ سنين ، أو اثنتي عشرة سنة . ورُوي أن قوماً سألوا / عمر ، رضى الله عنه ، عن غلام من عَسَّان يافع ، وصى لبيتِ عمِّه ، فأجاز عمر وصيته^(٦) . ولم نعرف له مخالفاً ، ولأنَّ صحَّةَ وصيته وتدبيره أحطَّ له بيقين ، لأنَّه ما دام باقياً لا يلزمه ، فإذا مات كان ذلك صلةً وأجرًا ، فصَحَّ ، كوصية المحجور عليه لِسَفِّهِ ، ويُخالف العتق ، لأنَّ فيه تَفْوِيتَ ماله عليه في حياته ووقت حاجته . فأما تقييد من يصحُّ تدبيره بمن له عشر سنين^(٧) ؛ فليقول النَّبِيُّ ﷺ : « اضربوهم عليها لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع »^(٨) . وهو الذى ورد فيه الخبر عن عمر ، رضى الله عنه . واعتبر المرأة يتسع ؛ لقول عائشة ، رضى الله عنها : إذا بلغت الجارية تسع سنين ، فهي امرأة . ويروى ذلك عن النَّبِيِّ ﷺ مرفوعاً^(٩) . ولأنَّه السنُّ الذى يُمكن^(١٠) بلوغها فيه ، ويتعلَّق بها^(١١) أحكام سِوَى ذلك .

فصل : ويصحُّ منه الرجوع ، إن قلنا بصحة الرجوع من المُكَلِّف ؛ لأنَّ مَنْ صَحَّت وصيته ، صحَّ رجوعه ، كالمُكَلِّف . وإن أراد بيع المُدَبِّر ، قام وليُّه في بيعه مقامه . وإن أُذِنَ له وليُّه في بيعه ، فباعه ، صحَّ منه .

فصل : ويصحُّ تدبير المحجور عليه لِسَفِّهِ ، ووصيته ؛ لما ذكرنا فى الصَّبِيِّ . ولا تصحُّ وصية المجنون ، ولا تدبيره ؛ لأنَّه لا يصحُّ شىء من تصرفاته . وإن كان يُجنُّ يوماً ، ويُفِيق يوماً ، صحَّ تدبيره فى إفاقته .

(٥) فى م : « جثم » .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ٥٠٩/٨ .

(٧) سقط من : م .

(٨) تقدم تخريجه ، فى : ٣٥٠/٢ .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ٤٠٤/٩ .

(١٠) فى الأصل : « يكون » .

(١١) فى م : « وبه » .

فصل: وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ الْكَافِرِ ؛ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرِّيًّا ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَدَارِ الْحَرْبِ ؛ لِأَنَّ لَهُ مِلْكًا صَحِيحًا ، فَيَصِحُّ ^(١٢) تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، كَالْمُسْلِمِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ مِلْكُهُ صَحِيحًا ، لَمْ يَمْلِكْ عَلَيْهِ بَغْيَ اخْتِيَارِهِ . قُلْنَا : هَذَا لَا يُنَافِي الْمِلْكَ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ فِي النِّكَاحِ ، وَيَمْلِكُ زَوْجَتَهُ عَلَيْهِ بَغْيَ اخْتِيَارِهِ ، وَمَنْ عَلَيْهِ الذِّمُّ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ قَضَائِهِ ، أَخَذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ مَا عَلَيْهِ بَغْيَ اخْتِيَارِهِ ، وَحُكْمُ تَذْيِيرِهِ ^(١٣) حُكْمُ تَذْيِيرِ الْمُسْلِمِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ^(١٤) . فَإِنْ أَسْلَمَ مُدَبِّرُ الْكَافِرِ ، أُمِرَ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، لِئَلَّا يَنْقُصِيَ الْكَافِرُ مَالِ الْكَافِرِ ^(١٥) ، كَبَغْيِ الْمُدَبِّرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُتْرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ ، وَيُنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، / أُجْبِرَ سَيِّدُهُ ^(١٦) عَلَى الْإِنْفَاقِ ^(١٧) عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ^{ظ ٢٠٣/١١} فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ بَيْعَ الْمُدَبِّرِ غَيْرُ جَائِزٍ ، وَلِأَنَّ فِي بَيْعِهِ إِبْطَالَ سَبَبِ الْعِتْقِ ، وَإِزَالَةَ غَرَضِيَّتِهِ ، فَكَانَ إِبْقَاؤُهُ أَصْلَحَ ، فَتَعَيَّنَ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ . فَإِنْ قُلْنَا بَيْعُهُ ، فَبَاعَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُتْرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ . فَإِنَّهُ يَسْتَنْبِئُ مَنْ يَتَوَلَّى اسْتِعْمَالَهُ وَاسْتِكْسَابَهُ ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَلَ فَلِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِنَفَقَتِهِ ، فَالْبَاقِي عَلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَ هُوَ وَسَيِّدُهُ عَلَى الْمُخَارَجَةِ ، جَازَ ، وَيُنْفَقُ عَلَى نَفْسِهِ مِمَّا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ ، عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَبِيعَ الْبَاقِي عَلَى الْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا كُفَّارًا . وَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ الْمَوْتِ ، تُرِكَ . وَإِنْ رَجَعَ سَيِّدُهُ فِي تَذْيِيرِهِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ ^(١٧) الرَّجُوعِ ، بَيْعَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ لِمُسْتَأْمِنٍ ^(١٨) ، وَأَرَادَ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَمْ يَكُنْ أَسْلَمَ ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَسْلَمَ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّنَا نَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأَوَّلَى أَنْ يُمْنَعَ مِنَ التَّمَكُّنِ ^(١٩) بِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ .

(١٢) فِي ب ، م : « فَصَح » .

(١٣) فِي الْأَصْل : « بِتَذْيِيرِهِ » .

(١٤) فِي أ ، ب : « ذَكَرْنَاهُ » .

(١٥) فِي أ : « الْمُسْلِمِ » ، وَفِي ب ، م : « لِلْمُسْلِمِ » .

(١٦-١٧) فِي الْأَصْل : « بِالْإِنْفَاقِ » .

(١٧) فِي ب : « يَصَح » .

(١٨) فِي الْأَصْل : « لِمُسْلِمِينَ » . وَفِي م : « كَمُسْتَأْمِنٍ » .

(١٩) فِي الْأَصْل : « التَّمَكُّنِ » .

١٩٧٧ - مسألة : قال : (وإِذَا قُتِلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدُهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ)

إِنَّمَا بَطَلَ^(١) تَذْيِيرُهُ بِقَتْلِهِ سَيِّدَهُ لِمَعْنَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ قَصَدَ اسْتِعْجَالَ الْعِتْقِ بِالْقَتْلِ الْمُحَرَّمِ ، فَعُوقِبَ بِتَقْيِضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ إِبْطَالُ التَّذْيِيرِ ، كَمَنْعِ الْمِيرَاثِ بِقَتْلِ الْمَوْرُوثِ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ فَائِدَةٌ تَحْصُلُ بِالْمَوْتِ ، فَتَنْتَهِي بِالْقَتْلِ ، كَالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةً ، فَتَبْطُلُ بِالْقَتْلِ ، كَالْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَلَا يُلْزَمُ عَلَى هَذَا عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لَكُونِهِ^(٢) آكَدٌ ، فَإِنَّهَا صَارَتْ بِالْإِسْتِيلَادِ بِحَالٍ لَا يُمَكِّنُ نَقْلَ الْمَلِكِ فِيهَا بِحَالٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يُجْزَ بَيْعُهَا ، وَلَا هَبُّهَا ، وَلَا رَهْنُهَا ، وَلَا الرُّجُوعُ عَنْ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ ، وَلَا غَيْرِهِ ، وَالْإِرْثُ نَوْعٌ مِنَ النَّقْلِ ، فَلَوْ لَمْ تَعْتَقْ^(٣) بِمَوْتِ سَيِّدِهَا^(٤) لَأَتَقَلَّ الْمَلِكُ فِيهَا إِلَى الْوَارِثِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ حُرِّيَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ الْفِعْلُ وَالْبَعْضِيَّةُ الَّتِي حَصَلَتْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ سَيِّدِهَا بِوَاسِطَةِ وَلَدِهَا ، وَهَذَا آكَدُ مِنَ الْقَوْلِ ، وَلِهَذَا انْعَقَدَ اسْتِيلَادُ الْمَجْنُونِ ، وَلَمْ يَنْفَذْ إِعْتَاقُهُ وَلَا تَذْيِيرُهُ ، وَسَرَى حُكْمُ اسْتِيلَادِ الْمُعْسِرِ إِلَى تَصْيِبِ شَرِيكِهِ ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ ، وَعَتَقَتْ^(٥) ٢٠٤/١١ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَالتَّذْيِيرُ لَا يَنْفَذُ إِلَّا فِي الثَّلَاثِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْغُرْمَاءُ إِبْطَالَ عِتْقِهَا وَإِنْ كَانَ سَيِّدُهَا مُفْلِسًا ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ ، وَلَا يُلْزَمُ مِنَ الْحُكْمِ فِي مَوْضِعٍ ، تَأْكُدُ الْحُكْمَ فِيمَا دُونَهُ ، كَمَا لَمْ يُلْزَمِ الْإِحَاقَةُ بِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي افْتَرَقَافِيهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْقَتْلِ عَمْدًا ، أَوْ خَطَأً ، كَمَا لَا فَرْقَ بَيْنَ ذَلِكَ فِي جِرْمَانِ الْإِرْثِ ، وَإِبْطَالِ وَصِيَّةِ الْقَاتِلِ .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ جِنَايَاتِهِ ، غَيْرَ قَتْلِ سَيِّدِهِ ، فَلَا تَبْطُلُ تَذْيِيرُهُ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتْ جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، أَوْ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَعَفَا الْوَلِيُّ إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَتِهِ ، فَمِنْ جَوَازِ بَيْعِهِ ، جَعَلَ سَيِّدُهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ فَيُباعُ فِي الْجِنَايَةِ ، وَبَيْنَ فِدَائِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَهُ فِي الْجِنَايَةِ فَبِيعَ فِيهَا ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، وَفَدَّاهُ بِمَا يُفْدَى بِهِ الْعَبْدُ ، فَهُوَ مُدَبِّرٌ بِحَالِهِ . وَمَنْ لَمْ يُجْزَ بَيْعُهُ ، عَيْنَ فِدَاءِهِ عَلَى سَيِّدِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ فِي النَّفْسِ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ

(١) فِي ب ، م : « يَبْطُل » .

(٢) فِي الْأَصْل : « لِأَنَّهُ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل ، ا ، ب .

في الطَّرَفِ ، فهو مُدَبَّرٌ بِحَالِهِ . وإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ بَعْدَ جِنَايَتِهِ ، وَقَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، عَتَقَ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ أَوْ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الْعِتْقِ وَجَدَتْ ^(٤) فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاشَرَهُ بِهِ . فَإِنْ ^(٥) كَانَ الْوَاجِبُ قِصَاصًا ، اسْتَوْفَى ، سَوَاءٌ كَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى عَبْدٍ أَوْ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ قَدْ اسْتَقَرَّ وَجُوبُهُ عَلَيْهِ فِي حَالِ رِقَّةٍ ، فَلَا يَسْقُطُ بِحُدُوثِ الْحُرِّيَّةِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ مَالًا فِي رَقَبَتِهِ ، فُدِيَ بِأَقْلَى الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَى الْمُدَبَّرِ ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ لِسَيِّدِهِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَطْلُ التَّذْيِيرُ بِهِ لَكَ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا جَعَلْتُمْ قِيَمَتَهُ قَائِمَةً مَقَامَهُ ، كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ وَالْمَوْقُوفِ ^(٦) إِذَا جُنِيَ عَلَيْهِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ ^(٧) كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَقْفِ وَالرَّهْنِ لَازِمٌ ، فَتَعَلَّقَ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ ، وَالتَّذْيِيرُ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِبْطَالَهُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ . الثَّانِي ، / أَنَّ الْحَقَّ فِي التَّذْيِيرِ لِلْمُدَبَّرِ ، فَيَطْلُ حَقُّهُ بِفَوَاتٍ مُسْتَحِقَّةٍ ، وَالبَدْلُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الِاسْتِحْقَاقِ ، وَالْحَقُّ ^(٨) فِي الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي الرَّهْنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَهُوَ بَاقٍ ، فَيُثْبِتُ حَقُّهُ فِي بَدَلِ مَحَلِّ حَقِّهِ ^(٩) . الثَّالِثُ ، أَنَّ الْمُدَبَّرَ إِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّهُ بِوُجُودِ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَإِذَا هَلَكَ قَبْلَ سَيِّدِهِ ، فَقَدْ هَلَكَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَدْلٌ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ وَالْوَقْفِ ، فَإِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِيهِمَا ، فَقَامَ بَدْلُهُمَا مَقَامَهُمَا ، وَبَيْنَ الرَّهْنِ وَالْمُدَبَّرِ فَرْقٌ رَابِعٌ ، وَهُوَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْقِيَمَةَ ، وَلَا يُمَكِّنُ وُجُودُ ^(١٠) التَّذْيِيرِ فِيهَا ، وَلَا قِيَامُهَا مَقَامَ الْمُدَبَّرِ فِيهِ ، وَإِنْ أَخَذَ عَبْدًا مَكَانَهُ ، فَلَيْسَ هُوَ الْبَدْلُ ، إِنَّمَا هُوَ بَدْلُ الْقِيَمَةِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ؛ فَإِنَّ الْقِيَمَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ رَهْنًا ، فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا يَلْزِمُ عَلَيْهِ الْمَوْقُوفُ ، فَإِنَّهُ إِذَا قُتِلَ ، أُخِذَتْ قِيَمَتُهُ ، فَأَشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهُ . قُلْنَا : قَدْ حَصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمُدَبَّرِ وَالرَّهْنِ مِنَ الْوُجُوهِ

(٤) سقط من : الأصل .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ثم جاء بعد قوله : « فراق اربع وهو » . الآتي ، اضطراب في النسخة .

(٨) في الأصل : « وجوب » .

الثَلَاثَةِ ، وَكَوْنُهُ لَا يَحْصُلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَقْفِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ أَنْ يَحْصُلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ بِهِ .

فصل : وإذا دَبَّرَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ ، ثُمَّ كَاتَبَهُ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ^(٩) ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَالْحَسَنِ . وَلَفْظُ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنْ مُجَاهِدٍ ، قَالَ : دَبَّرَتْ امْرَأَةٌ مِنْ قُرَيْشٍ خَادِمًا لَهَا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تُكَاتِبَهُ ، ^(١٠) قَالَ : فَكَنْتُ الرَّسُولَ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ ، فَقَالَ : كَاتِبِيهِ ، فَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ ^(١١) فَذَاكَ ، وَإِنْ حَدَّثَ بِكَ حَدَثٌ ، عَتَقَ . قَالَ : وَأَرَاهُ قَالَ : عَلَى ^(١٢) مَا كَانَ عَلَيْهِ لَهُ ^(١٣) . وَلِأَنَّ التَّدْيِيرَ إِنْ كَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْنَعْ الْكِتَابَةُ ، كَالَّذِي عَلَّقَى عِتْقَهُ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، لَمْ يَمْنَعْهَا ، كَالْوَصِيِّ بِعِتْقِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُ ، وَلِأَنَّ التَّدْيِيرَ وَالْكِتَابَةَ سَبَابِنِ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، كَتَّدْيِيرِ الْمُكَاتِبِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ التَّدْيِيرَ يَبْطُلُ بِالْكِتَابَةِ ، إِذَا قُلْنَا : هُوَ وَصِيَّةٌ . كَالْوَصِيِّ بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ كَاتَبَهُ . وَهَذَا يَخَالِفُ ^(١٤) ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ فِي نَفْسِهِ . وَيُفَارِقُ / ٢٠٥/١١ وَ التَّدْيِيرُ الْوَصِيَّةُ بِهِ لِرَجُلٍ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ وَالتَّدْيِيرِ لَا يَتَنَافِيَانِ ، إِذْ ^(١٥) كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُمَا جَمِيعًا الْعِتْقُ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا ، كَانَ آكَدَ لِحُصُولِهِ ^(١٦) ، فَإِنَّهُ إِذَا فَاتَ عِتْقُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، حَصَلَ بِالْآخَرِ ، وَابْتِهَامًا وَجَدَ قَبْلَ صَاحِبِهِ ، حَصَلَ الْعِتْقُ بِهِ ، وَمَقْصُودُ الْوَصِيَّةِ بِهِ ^(١٧) وَالْكِتَابَةُ ^(١٨) يَتَنَافِيَانِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُرَادُّ لِلْعِتْقِ ، وَالْوَصِيَّةُ تُرَادُّ لِحُصُولِ الْمِلْكِ فِيهِ

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يكاتب مدبره ... ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٣٧٦/٦ .

(١٠-١١) سقط من : أ .

(١١) سقط من : أ .

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب المدبر يجنى ... ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ . وابن أبي شيبة ،

في : باب في الرجل يكاتب مدبره ... ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٧٥/٦ .

(١٣) في الأصل : « بخلاف » .

(١٤) في الأصل : « إذا » .

(١٥) في الأصل ، أ ، ب : « بحصوله » .

(١٦) سقط من : الأصل ، ب .

(١٧) سقط من : م .

للموصى له ، ولا يجتمعان . إذا ثبت هذا ، فإنه إن أدى في حياة السيد ، صار حراً بالكتابة ، وبطل التدبير ، وإن مات السيد قبل الأداء ، عتق بالتدبير إن خرج من الثلث ، وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، وسقط^(١٨) من الكتابة بقدر ما عتق ، وكان على الكتابة فيما بقي . وإن أدى البعض ، ثم مات سيده ، عتق كله ، وسقط باقي الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، وسقط^(١٨) ممّا^(١٩) بقي من الكتابة بقدر ثلث المال ، وأدى ما بقي .

(١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : « ما » .

كتاب المكاتب

الكتابة : إعتاق^(١) السيد عبده على مالٍ في ذمته يودى موجلاً ؛ سُميت^(٢) كتابة ؛ لأن السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه . وقيل : سُميت^(٣) كتابة من الكتب ، وهو الضم ؛ لأن المكاتب^(٤) يضم بعض النجوم إلى بعض ، ومنه سُمي الحرز كتاباً ؛ لأنه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بحرزه . وقال الحريري^(٥) :

وكاتبين وما خطت أناملهم حرفاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة^(٦) ، (في ذلك المعنى) :

وفراء غرفية أنأى خوارزها مُشَلِّش ضيعته بينها الكتب^(٧)

يصف قرية يسيل الماء من بين خريزها . وسُميت الكتبية كتبية لانضمام بعضها إلى بعض ، والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض ، والنجوم ههنا الأوقات المختلفة ؛ لأن العرب كانت لا تعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات / بطلوع النجوم ، كما قال ٢٠٥/١١ ظ بعضهم^(٨) :

(١) في الأصل : « عتاق » .

(٢) في ١ ، ب : « سمي » .

(٣) سقط من : ١ ، ب .

(٤) في الأصل : « الكاتب » .

(٥) القاسم بن علي بن محمد البصري ، صاحب المقامات ، ولد سنة ست وأربعين وأربعمائة ، وتوفي سنة ست عشرة وخمسمائة بالبصرة . وفيات الأعيان ٤/٦٣-٦٨ .

(٦-٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . والبيت في ديوانه ١١/١ .

(٧) الوفراء : الواسعة . غربية : دبت بالغرف ، وهو شجر . أنأى خوارزها : الثأى أن تلتقي الخريزان فتصيرا واحدة . المشلش : الذي يكاد يتصل فطره . الكتب : الحرز .

(٨) الرجز غير معزوف في : جمهرة اللغة ١/٦٢ ، تهذيب اللغة ٦/١٢٦ ، الخخصص ٩/١٦ ، اللسان والتاج (ح ق ق) .

إِذَا سَهَّلَ أَوَّلَ اللَّيْلِ طَلَعَ فَابِنُ اللَّبُونِ الْحَقُّ وَالْحَقُّ جَذَعٌ^(٩)

فَسُمِّيَتِ الْأَوْقَاتُ نُجُومًا . وَالْأَصْلُ فِي الْكِتَابَةِ ؛ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ .
أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ
إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾^(١٠) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى^(١١) سَعِيدٌ^(١٢) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ
الزُّهْرِيِّ ، عَنْ نُبْهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ
لِإِحْدَاكُنَّ مَكَاتِبَ ، فَمَلَكَ مَا يُودَى ، فَلْتَحْتَجِبِي مِنْهُ »^(١٣) . وَرَوَى سَهْلُ بْنُ
حُنَيْفٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا ، أَوْ غَارِيًا ، أَوْ مَكَاتِبِي فِي كِتَابَتِهِ ، أَظْلَهُ
اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ »^(١٤) . فِي أَحَادِيثَ كَثِيرَةٍ سِوَاهُمَا ، وَأَجْمَعَتِ^(١٥) الْأُمَّةُ عَلَى
مَشْرُوعِيَّةِ الْكِتَابَةِ .

فصل : إِذَا سَأَلَ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ مَكَاتِبَتَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ إِجَابَتُهُ ، إِذَا عَلِمَ فِيهِ خَيْرًا ، وَلَمْ
يَجِبْ ذَلِكَ . فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ،
وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ، إِذَا دَعَا الْعَبْدُ
الْمُكْتَسِبَ^(١٦) الصَّدُوقَ سَيِّدَهُ إِلَيْهَا ، فَعَلِيهِ إِجَابَتُهُ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالضُّحَاكِ ، وَعَمْرٍو
ابْنِ دِينَارٍ ، وَدَاوُدَ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : أَخْشَى أَنْ يَأْتِمَّ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، وَلَا يُجْبَرَ عَلَيْهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ
قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . وَرَوَى أَنَّ
سَيِّدِينَ أَبَا مُحَمَّدٍ بَنِي سَيِّرِينَ ، كَانَ عَبْدًا الْأَنْسِ بْنِ مَالِكٍ ، فَسَأَلَهُ أَنْ يُكَاتِبَهُ ، فَأَبَى ، فَأَخْبَرَ

(٩) الحق من أولاد الإبل : الذي بلغ أن يركب ويحمل عليه ويضرب الناقة . والبعير يجذع لاستكمال أبعده أروام ودخوله في
السنة الخامسة ، وهو قبل ذلك حق .

(١٠) سورة النور ٣٣ .

(١١) في ب ، م : « فماروى » .

(١٢) تقدم ترجمته ، في : ١٢٥/٩ .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٧/٣ . والبيهقي ، في : باب فضل من أعان مكاتبا في رقبته ، من كتاب

المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٠/١٠ .

(١٥) في الأصل : « واجتمعت » .

(١٦) في الأصل : « المكتتب » .

سيرين عمر بن الحطّاب بذلك ، فرَفَعَ الدَّرَّةَ على أنسٍ ، وقرأ عليه : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ
الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . فكَاتَبَهُ أَنَسٌ ^(١٧) .
ولنا ، أَنَّهُ إِعْتَاقُ بَعُوضٍ ، فلم يَجِبْ ، كَالَا سِتْسَعَاءِ ، وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى التَّدْبِ ، وَقَوْلُ
عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يُخَالِفُ فِعْلَ أَنَسٍ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي أَنَّ مَنْ لَا خَيْرَ فِيهِ لَا تَجِبُ
إِجَابَتُهُ . قَالَ أَحْمَدُ : الْحَيْرُ صِدْقٌ ، وَصَلَاحٌ ، وَوَفَاءٌ بِمَا لَ الْكِتَابَةِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ إِبْرَاهِيمُ / ، ٢٠٦/١١ و
وعمرُو بن دينارٍ ، وَغَيْرُهُمَا ، وَعِبَارَتُهُمْ فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفَةٌ ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : غَنَاءٌ ^(١٨) ، وَإِعْطَاءٌ
لِلْمَالِ . وَقَالَ مُجَاهِدٌ : غَنَاءٌ ^(١٨) ، وَأَدَاءٌ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ : صِدْقٌ ، وَوَفَاءٌ . وَقَالَ عمرو
ابن دينارٍ : مَالٌ ، وَصَلَاحٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : قُوَّةٌ ^(١٩) عَلَى الْكَسْبِ ، وَأَمَانَةٌ . وَهَلْ تُكْرَهُ
كِتَابَةُ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ أَوْ لَا ؟ قَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ كَرَاهِيَتُهُ . وَكَانَ ابْنُ عمر ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يَكْرَهُهُ ^(٢٠) . وَهُوَ قَوْلُ مَسْرُوقٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ،
أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ . وَلَمْ يَكْرَهُهُ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّدِ ، وَطَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ
جُورِيَّةَ بِنْتِ الْحَارِثِ ، كَاتَبَهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ الْأَنْصَارِيُّ ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ
تَسْتَعِينُهُ فِي كِتَابَتِهَا ، فَأَدَّى عَنْهَا كِتَابَتَهَا ، وَتَزَوَّجَهَا ^(٢١) . وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمُثَنِّدِ ، بِأَنَّ بَرِيرَةَ
كَاتَبَتْ وَلَا حِرْفَةَ لَهَا ، وَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ^(٢٢) . وَوَجَّهَ الْأَوَّلُ مَا ذَكَرْنَا فِي عَقْتِهِ ،
وَيُنْبَغِي أَنْ يُنْظَرَ فِي الْمُكَاتَبِ ، فَإِنْ كَانَ مَنْ يَتَضَرَّرُ بِالْكِتَابَةِ وَيَضْيِيعُ ، لِعَجْزِهِ عَنِ الْإِنْفَاقِ

(١٧) ذكره البخاري ، في : باب إثم من قذف مملوكه ، من كتاب المكاتب . صحيح البخاري ١٩٨/٣ . وأخرجه
البيهقي ، في : باب من قال : يجب على الرجل مكاتبته ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٩/١٠ . وعبد
الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧١/٨ ، ٣٧٢ .

(١٨) في ب ، م : « غنى » .

(١٩) في الأصل : « قدرة » .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في تفسير قوله تعالى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن
الكبرى ٣١٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف
٣٧٤/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يكاتب عبده ... ، من كتاب البيوع والأفضية . ٢٣/٧ .

(٢١) أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٧/٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٢٧٧/٦ .

(٢٢) تقدم تخریج حديث بريرة ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

على نفسه ، ولا يجد من ينفق عليه ، كرهت كتابته ، وإن كان يجد من يكفيه مؤنته ، لم تكره كتابته ؛ لحصول النفع بالحرية من غير ضرر . فأما جويرية ، فإنها كانت ذات أهل^(٢٣) ، وكانت ابنة سيد قومها ، فإذا عتقت ، رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله ﷺ ، وصارت إحدى أمهات المؤمنين ، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها ، حين بلغهم أن رسول الله ﷺ تزوجها ، وقالوا : أصهار^(٢٤) رسول الله ﷺ . فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها . وأما بريرة ، فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك ، وأنه ليس بمنكر^(٢٥) ، ولا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في كراهته^(٢٦) . قال مسروق : إذا سأل العبد مولاه الكتابة^(٢٧) ؛ فإن كان له مكسبة ، أو كان له مال ، فليكاتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة ، فليحسن ملكته ، ولا يكلفه إلا طاقته .

فصل : ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه / فأما المجنون والطفل ، فلا تصح مكاتبتهما لرفيقيهما ، ولا مكاتبته سيدهما لهما ، وأما الصبي المميز ؛ فإن كاتب عبده بإذن وليه^(٢٨) ، صح . ويحتمل أن لا يصح ، بناء على قولنا : إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ، ولأن هذا عقد إعتاق ، فلم يصح منه ، كالعتق^(٢٩) بغير مال ، فأما إن لم يأذن وليه فيه ، فلا يصح بحال ، وإن كاتب المميز سيده ، صح . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح فيهما جميعاً بحال ؛ لأنه ليس بمكلف ، فأشبه المجنون . ولنا ، أنه يصح تصرفه^(٣٠) ويبيعه بإذن وليه ، فصحت منه الكتابة بذلك ، كالمكلف ، ودليل صحة تصرفه قول الله

(٢٣) في ب ، م زيادة : « ومال » .

(٢٤) في الأصل : « صاهر » .

(٢٥) في الأصل : « مكروه » .

(٢٦) في الأصل : « كراهيته » .

(٢٧) في ١ ، م : « المكاتبه » .

(٢٨) في الأصل : « وصيه » .

(٢٩) في ب : « كالمعتق » .

(٣٠) في م : « كان » .

(٣١) في ب زيادة : « فيه » .

تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّتِي مَنَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ (٣٢) . والابتلاء الاختبار له ، بتفويض التصرف إليه ، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يُعْبَنُ في بيعه وشراؤه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبد المميز المكتابة إذن له في قبولها . إذ اثبت هذا ، فإن كان السيد الم كاتب طفلاً أو مجنوناً ، فلا حكم لتصرفه ولا قوله . وإن كاتب المكلّف عبده الطفل أو المجنون ، لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة ؛ لأنه لا حكم لقولهما ، ولكن إن قال : إن أدبتهما إلى ، فأنتما حران . فأدبنا ، عتقا (٣٣) بالصفة لا بالكتابة (٣٤) ، وما في أيديهما السيد هما ، وإن لم يقل ذلك ، لم يعتقا . ذكره أبو بكر . وقال القاضي : يعتقان . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الكتابة (٣٤) تتضمن معنى الصفة ، فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة ، كالوقال : إن أدبت إلى ، فأنت حر . ولنا ، أنه ليس بصفة صريحاً ولا معنى ، وإنما هو عقد باطل ، فأشبهه البيع الباطل .

فصل : وإذا كاتب الذمّي عبده المسلم ، صح ؛ لأنه عقد معاوضة ، أو عتق بصفة ، وكلاهما يصح منه (٣٥) . وإذا ترفع إلى الحاكم بعد الكتابة (٣٦) ، نظر في العقد ؛ فإن كان موافقاً للشرع ، أمضاه ، سواء ترفعاً قبل إسلاميهما أو بعده ، وإن كانت (٣٧) كتابة فاسدة ، مثل أن يكون العوض خمرًا ، أو خنزيرًا ، أو غير ذلك من أنواع الفساد ، ففيه / ٢٠٧/١١ و ثلاث مسائل ؛ إحداهما ، أن يكونا قد تقابضا حال الكفر ، فتكون الكتابة (٣٦) ماضية ، والعتق حاصل ؛ لأنّ مائتم في حال الكفر ، لا ينقضه الحاكم ، ويحكم بالعتق ، سواء ترفعاً قبل الإسلام أو بعده . الثانية ، تقابضا بعد الإسلام ، ثم ترفعاً إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضاً ؛ لأنّ هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الإسلام ، على ما سنذكره ، إن شاء الله تعالى . الثالثة ، ترفعاً قبل قبض العوض الفاسد ، أو قبض بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ، ويبطالها (٣٨) ؛ لأنها كتابة فاسدة ، لم

(٣٢) سورة النساء ٦ .

(٣٣) في م : « عتق » .

(٣٤) في الأصل : « بالمكتابة » .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : « المكتابة » .

(٣٧) في ب ، م : « كاتب » .

(٣٨) في ب ، م : « ويبطال » .

يَتَّصِلُ بِهَا قَبْضٌ تَنْبَرُّ بِهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ إِسْلَامِهِمَا ، أَوْ إِسْلَامِ أَحَدِهِمَا ، فِيمَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّ التَّغْلِيْبَ لِحُكْمِ^(٣٩) الْإِسْلَامِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرٍ ، ثُمَّ أَسْلَمَ^(٤٠) ، لَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ، وَيُؤَدَّى قِيَمَةُ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ^(٤١) كَالنِّكَاحِ ، وَلَوْ أُمِّهَرَهَا خَمْرًا ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، بَطَلَ الْخَمْرُ ، وَلَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَوْ عَقَدَهُ الْمُسْلِمُ كَانَ فَاسِدًا ، فَإِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ التَّقَابُضِ ، أَوْ أَحَدَهُمَا ، حُكِمَ بِفَسَادِهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ ،^(٤٢) فِي أَنَّهُ^(٤٣) لَوْ عَقَدَهُ الْمُسْلِمُ بِخَمْرٍ^(٤٤) كَانَ صَحِيحًا ، وَإِنْ أَسْلَمَ مُكَاتَبٌ الذَّمِّيُّ ، لَمْ^(٤٥) تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ^(٤٦) ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ بِالْكِتَابَةِ عَنْ تَصَرُّفِ الْكَافِرِ فِيهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ حِينَئِذٍ .^(٤٧) وَإِنْ اشْتَرَى مُسْلِمًا ، فَكَاتَبَهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ بَاطِلٌ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ بِهِ مِلْكٌ . وَإِنْ أَسْلَمَ عَبْدُهُ فَكَاتَبَهُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، لَمْ تَصِحَّ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزُمُهُ^(٤٨) إِزَالَةُ مِلْكِهِ عَنْهُ ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُزِيلُ الْمِلْكَ ، فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَابَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهَا عَنْ تَصَرُّفِ سَيِّدِهِ فِيهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قَنًا ، وَأُجْبِرَ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ حِينَئِذٍ^(٤٩) .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ الْحَرْبِيُّ عَبْدَهُ ، صَحَّتْ كِتَابَتُهُ ، سَوَاءً كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ دَارِ الْإِسْلَامِ^(٥٠) . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ^(٥١) الْمُسْلِمَ يَمْلِكُهُ^(٥٢) عَلَيْهِ . وَلَنَا ، / قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَوْزَتْكُمْ أَرْضُهُمْ وَأَدْبَرَ هُمْ وَأَمْوَالُهُمْ ﴾^(٥٣) . وَهَذِهِ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِمْ^(٥٤) تَقْتَضِي

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « بِحُكْمِ » .

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « أَسْلَمَ » .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٢-٤٣) فِي ١ ، ب ، م : « فَإِنَّهُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَصَحَّ » .

(٤٤-٤٥) فِي الْأَصْلِ : « تَنْفَسَخَ الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٥-٤٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤٦) فِي ١ ، ب ، م : « يَلْزَمُ » .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : « السَّلَامُ » .

(٤٨-٤٩) فِي ١ ، م : « لِلْمُسْلِمِ تَمْلِكُهُ » .

(٥٠) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٢٧ .

(٥١) سَقَطَ مِنْ : ب .

صِحَّةً أَمْلَا كِهِمْ ، فَتَقْتَضِي صِحَّةَ تَصَرُّفَاتِهِمْ . فَإِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ دَخَلَ مُسْتَأْمِنِينَ إِلَيْنَا ، لَمْ يَتَعَرَّضْ الْحَاكِمُ لِهَمَا ، وَإِنْ تَرَفَعَا إِلَيْهِ ، نَظَرَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ كَانَتْ كِتَابَتُهُمَا صَحِيحَةً ، أَلْزَمَهُمَا حُكْمَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً ، بَيَّنَّ لَهَا فِسَادَهَا . وَإِنْ جَاءَ ، وَقَدْ قَهَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِنْ قَهَرَ سَيِّدَهُ مَلَكَهْ ، فَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ ؛ لَخُرُوجِهِ ^(٥١) عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ قَهَرَ السَّيِّدُ عَلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ ، وَرَدَّه رَقِيقًا ، بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْكُفْرِ دَارُ قَهْرٍ وَإِبَاحَةٍ ، وَلِهَذَا الْوَقْفُ حُرٌّ حُرًّا عَلَى نَفْسِهِ مَلَكَهْ . وَإِنْ دَخَلَ مَنْ غَيْرِ قَهْرٍ ، فَقَهَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ حَظَرٍ ، لَا يُؤْثَرُ فِيهَا الْقَهْرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ دَخَلَ مُسْتَأْمِنِينَ ، ثُمَّ أَرَادَا الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، لَمْ يُمْنَعَا . وَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ ، وَأَخَذَ الْمُكَاتِبَ مَعَهُ ، فَأَبَى الْمُكَاتِبُ الرُّجُوعَ مَعَهُ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ زَالَ سُلْطَانُهُ ^(٥٢) عَنْهُ ، وَإِنَّمَا لَهُ فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ ، وَمَنْ لَهُ ذَيْنٌ ^(٥٣) فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهِ بِحَقٍّ ^(٥٤) ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى السَّفَرِ مَعَهُ لِأَجْلِهِ ، وَيُقَالُ لِلْسَّيِّدِ : إِنْ أَرَدْتَ الْإِقَامَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، لَتَسْتَوْفِيَ مَالَ الْكِتَابَةِ ، فَاعْقِدِ الذِّمَّةَ وَأَقِمَّ ، إِنْ كَانَتْ مُدَّتُهَا طَوِيلَةً ، وَإِنْ أَرَدْتَ تَوَكُّلَ مَنْ يَقْبِضُ لَكَ نُجُومَ الْكِتَابَةِ ، فَافْعَلْ . فَإِذَا أَدَّى نُجُومَ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، ثُمَّ هُوَ مُخَيَّرٌ ؛ إِنْ أَحَبَّ الْمُقَامَ ^(٥٥) فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، عَقَدَ عَلَى نَفْسِهِ الذِّمَّةَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الرُّجُوعَ ، لَمْ يُمْنَعْ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ ، عَادَ/ رَقِيقًا ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَالْأَمَانُ لَهُ بَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَالِ ٢٠٨/١١ وَ سَيِّدِهِ ، وَسَيِّدُهُ عَقَدَ الْأَمَانَ لِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَإِذَا انْتَقَضَ الْأَمَانُ فِي نَفْسِهِ ، بَعُودِهِ ، لَمْ يَنْتَقِضْ فِي مَالِهِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَهَرَبَ ، وَدَخَلَ إِلَيْنَا ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ ^(٥٦) مَلَكَهْ زَالَ عَنْهُ بِقَهْرِهِ عَلَى نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُ الْقَهْرَةِ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ مَالِهِ . وَسَوَاءُ جَاءَنَا مُسْلِمًا أَوْ غَيْرَ

(٥١) فِي ب : « بَخْرُوجِهِ » .

(٥٢) فِي م : « مَلَكَهُ وَسُلْطَانُهُ » .

(٥٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : ١ . وَفِي م : « حَقٌّ » .

(٥٥) فِي م : « أَنْ يَقِيمَ » .

(٥٦) فِي م : « فَإِنْ » .

مسلم . وإن جاءنا^(٥٧) بإذن سيده ، فالكتابة بحالها ؛ لأنه لم يقهر سيده ، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ، ثم سبى المسلمون سيده وقتل ، انتقلت الكتابة إلى ورثته ، كما لو مات خنق أنفه ، وإن من عليه الإمام ، أو فاداه ، أو هرب ، فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الإمام ، فالمكاتب موقوف ، إن عتق سيده ، فالكتابة بحالها ، وإن مات أو قتل ، فالمكاتب للمسلمين ، مبقى على ما بقى من كتابته ، يعتق بأدائه إليهم ، وولاه لهم ، وإن عجز ، فهو رقيق لهم . وإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته ، أدى إلى الحاكم ، أو إلى أمينه ، وكان المال المقبوض موقوفاً ، على ما ذكرناه ، ويعتق المكاتب بالأداء ، وسيده رقيق ، لا يثبت له ولائ . قال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين . وقال القاضي : يكون موقوفاً ، فإن عتق سيده ، فهو له ، وإن مات على رقه ، فهو للمسلمين . وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب ، وثبوت الولاء عليه ، فقال القاضي : يكون ولاؤه موقوفاً ، فإن عتق السيّد ، كان الولاء له ، وإن قتل أو مات على رقه ، بطل الولاء ؛ لأنه رقيق ، لا يورث ، فيبطل الولاء ، لعدم مستحقه . وينبغي أن يكون للمسلمين ؛ لأنّ مال من لا وارث له للمسلمين ، فذلك الولاء . والله أعلم .

فصل : وإن كاتب / المُرْتَدَّ عبده ، فعلى قول أبي بكر : الكتابة باطلة ؛ لأنّ ملكه زال برّدته . وعلى الظاهر من المذهب ، كتابته موقوفة ؛ إن أسلم تبيناً أنّها كانت صحيحة ، وإن قتل أو مات على رّدته ، بطلت . وإن أدى في رّدته ، لم يُحكَم بعثقه ، ويكون موقوفاً ، فإن أسلم سيده ، تبيناً صحة الدّفع إليه وعثقه ، وإن قتل أو مات على رّدته ، فهو باطل ، والعبد رقيق . وإن كاتبه ، وهو مسلم ، ثم ارتدّ ، وحجر عليه ، لم يكن للعبد الدّفع إليه ، ويؤدّى إلى الحاكم ، ويعتق بالأداء . وإن دفع إلى المُرْتَدَّ ، كان موقوفاً ، كما ذكرنا . وإن كاتب المسلم عبده المُرْتَدَّ ، صحّت كتابته ؛ لأنه يصح بيعه ، فإذا أدى ، عتق ، وإن أسلم ، فهو على كتابته .

فصل : وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان مريض الموت المخوف ، اعتبر من ثلثه ؛ لأنه يبع ماله بماله ، فجرى مجرى الهبة ، وكذلك يثبت^(٥٨) الولاء على المكاتب ؛

(٥٧) في الأصل ، ا ، ب : « جاء » .

(٥٨) في الأصل : « ثبت » .

لَكَوْنُهُ مُعْتَقًا ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، لَزِمَتْ^(٥٩) الْكِتَابَةُ فِي قَدْرِ الثَّلَاثِ ، وَسَائِرُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْوَارِثِ^(٦٠) ، فَإِنْ أَجَارَهَا^(٦١) ، جَازَتْ ، وَإِنْ رَدَّهَا^(٦٢) ، بَطَلَتْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « رُغُوسِ الْمَسَائِلِ » : تَجُوزُ الْكِتَابَةُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

١٩٧٨ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ ، أَوْ أَمَتُهُ عَلَى أَنْجُمٍ ، فَأُدِّيَتْ الْكِتَابَةُ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ، وَلَاؤُهُ لِمُكَاتِبِهِ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّ ظَاهَرَ هَذَا الْكَلَامِ ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَصِحُّ حَالَةً ، وَلَا تَجُوزُ إِلَّا مُوَجَّلَةً مُنْجَمَةً . وَهَذَا^(١) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ / مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : تَجُوزُ ٢٠٩/١١ حَالَةً ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى غَيْرِ ، فَإِذَا كَانَ عَوَضُهُ فِي الدِّمَةِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ حَالًا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ^(٢) عَقَدُوا الْكِتَابَةَ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ عَقَدَهَا حَالَةً ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ ، لَمْ يَتَّفَقْ جَمِيعُهُمْ عَلَى تَرْكِه ، وَلَئِنْ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ عَوَضِهَا فِي الْحَالِ ، فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ^(٣) التَّأْجِيلُ ، كَالسَّلَمِ^(٤) عِنْدَ^(٥) أَيْ حَنِيفَةَ ، وَلَئِنْهَا عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، مِنْ شَرْطِهِ ذِكْرُ

(٥٩) فِي الْأَصْلِ : « لَزِمَهُ » .

(٦٠) فِي م : « الْوَرِثَةُ » .

(٦١) فِي م : « أَجَارَتْ » .

(٦٢) فِي م : « رَدَّهَا » .

(١) فِي ب ، م : « وَهُوَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي أ : « شَرْطُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كَالسَّلَمِ » .

(٥) فِي النَّسَخِ : « عَلَى » .

العوض ، فإذا وَقَعَ على وَجْهِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ، لم يَصِحَّ ، كَالْوَأْسَلَمِ فِي شَيْءٍ لَا يُوجَدُ عِنْدَ مَحَلِّهِ ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَمْلِكُ الْمَبِيعَ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَفِي التَّنْجِيمِ حَكْمَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ إِلَى الْمُكَاتَبِ ، وَهِيَ التَّخْفِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ مُفَرَّقًا أَسْهَلُ ، وَهَذَا تُقَسِّطُ^(٦) الدُّيُونُ عَلَى الْمُعْسِرِينَ عَادَةً ، تَخْفِيفًا عَلَيْهِمْ . وَالْأُخْرَى ، لِلْسَيِّدِ ، وَهِيَ أَنَّ مُدَّةَ الْكِتَابَةِ تَطُولُ غَالِبًا ، فَلَوْ كَانَتْ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ إِلَّا فِي آخِرِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ إِلَى الرَّقِّ ، وَفَاتَتْ مَنَافِعُهُ فِي مُدَّةِ الْكِتَابَةِ كُلِّهَا عَلَى السَيِّدِ ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ حَصَلَ لَهُ ، وَإِذَا كَانَتْ مُنْجَمَةً نُجُومًا ، فَعَجَزَ عَنِ النَّجْمِ الْأَوَّلِ ، فَمُدَّتْهُ يَسِيرَةٌ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ مَا بَعْدَهُ ، فَقَدْ حَصَلَ لِلْسَيِّدِ نَفْعٌ بِمَا^(٧) أَخَذَهُ^(٨) مِنَ النُّجُومِ قَبْلَ عَجْزِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَأَقْلَهُ نَجْمَانِ فَصَاعِدًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : مِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ : نَجْمٌ وَاحِدٌ . وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ : نَجْمَانِ . وَنَجْمَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ ، أَنِّي أَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا نَجْمَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَحَبُّ / نَجْمَيْنِ ، وَيَجُوزُ نَجْمٌ وَاحِدٌ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَارِ ، وَإِنْ جُعِلَ الْمَالُ كُلُّهُ فِي نَجْمٍ وَاحِدٍ ، جَاز ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْجِيلُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ إِلَى أَجْلِ وَاحِدٍ ، كَالْمُسْلَمِ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّأْجِيلِ لِيَتِمَّ كُنْ مِنْ تَسْلِيمِ الْعَوْضِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بِنَجْمٍ وَاحِدٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِتْنَاءُ مِنَ الثَّانِي^(٩) . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا أَقْلُ مَا تَجُوزُ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مِنْ نَجْمَيْنِ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ . وَرَوَى عَنْ عَثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدٍ لَهُ ، فَقَالَ : لَأَعْقِبَنَّكَ^(١٠) ، وَلَأُكَاتِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ^(١١) . وَلَوْ كَانَ يَجُوزُ أَقْلُ مِنْ هَذَا ، لَعَاقَبَهُ بِهِ فِي

(٦) فِي ١ ، م : « تَقْسِطُ » .

(٧) فِي ١ : « لَمْ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « أَخَذَ » .

(٩) انظر : تلخيص الحبير ٢١٧/٤ ، حيث عراه لابن أبي شيبة ، ولم نجد في المصنف .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « لَأَعْتَقَنَّكَ » .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب مكاتبة الرجل عبده أو أمته على نجمين ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى

. ٣٢٠/١٠ ، ٣٢١ .

الظاهر . وفي حديث بَرِيرَةَ ، أَنَّهَا أَتَتْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَتْ : يَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ ،
إِنِّي كَاتِبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةً ، فَأَعِينَنِي ^(١٢) . وَلَئِنْ الْكِتَابَةُ مُشْتَقَّةٌ
مِنَ الضَّمِّ ، وَهُوَ ضَمُّ نَجْمٍ ^(١٣) إِلَى نَجْمٍ ^(١٤) ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى افْتِقَارِهَا إِلَى نَجْمَيْنِ . وَالْأَوَّلُ
أَقْبَسُ . وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ النُّجُومُ مَعْلُومَةٌ ، وَيَعْلَمَ فِي كُلِّ نَجْمٍ قَدْرٌ مَا يُؤَدِّيهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ
تَسَاوِي النُّجُومِ ، وَلَا قَدْرُ الْمُؤَدَّى فِي كُلِّ نَجْمٍ . فَإِذَا قَالَ : كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ ، إِلَى عَشْرِ
سِنِينَ ، تُؤَدَّى ^(١٥) عِنْدَ انْقِضَاءِ كُلِّ سَنَةٍ مِائَةً . أَوْ قَالَ : تُؤَدَّى مِنْهَا مِائَةٌ عِنْدَ انْقِضَاءِ
خَمْسِ سِنِينَ ، وَبَاقِيهَا عِنْدَ تَمَامِ الْعَشْرِ . أَوْ قَالَ : تُؤَدَّى فِي آخِرِ الْعَامِ الْأَوَّلِ مِائَةً ،
وَتُسَعْمَاةٌ عِنْدَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ الْعَاشِرَةِ . فَكُلُّ هَذَا جَائِزٌ . وَإِنْ قَالَ : تُؤَدَّى فِي كُلِّ عَامٍ
مِائَةً . جَازٍ ، وَيَكُونُ أَجَلُ كُلِّ مِائَةٍ عِنْدَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ . وَظَاهِرُ قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَبَيَّنْ وَقْتُ الْأَدَاءِ مِنَ الْعَامِ . وَلَنَا ، أَنَّ بَرِيرَةَ قَالَتْ : كَاتِبْتُ
أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةً . / وَلَئِنْ الْأَجَلَ إِذَا عُلِقَ بِمُدَّةٍ ، تَعَلَّقَ بِأَحَدٍ
طَرَفِهَا ؛ فَإِنْ كَانَ يَحْرَفُ « إِلَى » تَعَلَّقَ بِأَوَّلِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِلَى شَهْرِ رَمَضَانَ . وَإِنْ كَانَ
يَحْرَفُ « فِي » كَانَ إِلَى آخِرِهَا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ جَمِيعَهَا وَقْتُاً لِأَدَائِهَا ، فَإِذَا أَدَّى فِي آخِرِهَا ،
كَانَ مُؤَدَّيًّا لَهَا فِي وَقْتِهَا ، فَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ قَبْلَهُ ، كَتَّادِيَةِ الصَّلَاةِ فِي آخِرِ وَقْتِهَا . وَإِنْ
قَالَ : يُؤَدِّيَهَا فِي عَشْرِ سِنِينَ . أَوْ : إِلَى عَشْرِ سِنِينَ . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ نَجْمٌ وَاحِدٌ . وَمَنْ أَجَازَ
الْكِتَابَةَ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ ، أَجَازَهُ . وَإِنْ قَالَ : يُؤَدَّى بَعْضُهَا فِي نِصْفِ الْمُدَّةِ ، وَبَاقِيهَا فِي
آخِرِهَا . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْبَعْضَ مَجْهُولٌ ، يَقَعُ عَلَى الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ ^(١٥) إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى أَنْجُمٍ ^(١٦) مَعْلُومَةٍ ، صَحَّحَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَتَقَ
بَادَائِهَا ، سَوَاءً تَوَى بِالْكِتَابَةِ الْحُرِّيَّةَ أَوْ لَمْ يَتَوَ ، وَسَوَاءً قَالَ : فَإِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ
لَمْ يَقُلْ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَقُولَ : فَإِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ

(١٢) تقدم تخریج حديث بَرِيرَةَ ، فِي : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(١٣-١٤) سقط من : ب .

(١٤) فِي ب زِيَادَةٌ : « هَذَا » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) فِي م زِيَادَةٌ : « مَدَّة » .

حُرٌّ . أو يَنْوَى^(١٧) بالكتابة الحُرِّيَّة . وَيَحْتَمِلُ فِي مَذْهَبِنَا مِثْلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْكِتَابَةِ يَحْتَمِلُ الْمُخَارَاجَةَ ، وَيَحْتَمِلُ الْعِتْقَ بِالْأَدَاءِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَمْيِيزِ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ ، كِكِنَايَاتِ الْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُوجِبُ عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، فَتَثْبُتُ عِنْدَ تَمَامِهِ ، كَسَائِرِ أَحْكَامِهِ ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ وَضِعَ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى لَفْظِ الْعِتْقِ وَلَا نَيْتِهِ ، كَالْتَّذْبِيرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اسْتِعْمَالِ الْكِتَابَةِ فِي الْمُخَارَاجَةِ إِنْ ثَبَتَ^(١٨) ، فَلَيْسَ بِمَشْهُورٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ وَقُوعَ الْحُرِّيَّةِ بِهِ^(١٩) ، كَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الصَّرِيحَةِ ، عَلَى أَنَّ اللَّفْظَ الْمُحْتَمِلَ يَنْصَرِفُ بِالْقَرَأَتَيْنِ إِلَى أَحَدٍ مُحْتَمِلِيهِ ، كَلَفْظِ التَّذْبِيرِ^(٢٠) فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ التَّذْبِيرَ^(٢١) فِي مَعَاشِهِ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى .

٢١٠/١١ ظ **الفصل الثالث :** أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ قَبْلَ أَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي عَبْدٍ / بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، كَاتِبَاهُ عَلَى أَلْفٍ ، فَأَدَّى تِسْعَ مِائَةٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ . قَالَ : لَا^(٢٢) يَعْتَقُ إِلَّا بِنَصْفِ الْمِائَةِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَمْرٍ ، وَابْنِهِ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَسَعِيدَ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيَّ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . رَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُ^(٢٣) . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَلَامٌ ، وَسَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ . وَرَوَى سَعِيدٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي قَلَابَةَ ، قَالَ : كُنْتُ - أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ - لَا يَحْتَجِبُنِ مِنْ مُكَاتَبٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِينَارٌ^(٢٤) . وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّ ابْنَ عَمْرٍ كَاتِبٌ

(١٧) فِي ب ، م ، : « وَيَنْوَى » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَثْبِت » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(٢٠) (٢٠ - ٢٠) سَقَطَ مِنْ : أ ، م . نَقَلَ نَظْرًا .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٢٢) وَأَخْرَجَهُ عَنْهُمْ النَّبِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٤/١٠ ، ٣٢٥ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ زَيْدٍ وَعَائِشَةَ عَبْدَ الرِّزَاقِ ، فِي : بَابِ عَجْزِ الْمُكَاتَبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْمَصْنَفِ ٤٠٨/٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمَصْنَفِ ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٣) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٤٢٥/١٠ . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

غُلَامًا عَلَى أَلْفِ دِينَارٍ ، فَأَدَّى إِلَيْهِ تِسْعَ مِائَةِ دِينَارٍ ، وَعَجَزَ عَنْ مِائَةِ دِينَارٍ ^(٢٤) ، فَرَدَّهُ ابْنُ عَمْرٍو فِي الرُّقِّ ^(٢٥) . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ ، وَعَجَزَ عَنْ رُبْعِهَا ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَرُدُّ إِلَى الرُّقِّ بَعَجَزِهِ عَنْهُ ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ حَقِّ هَوْلِهِ ، لَا حَقَّ لِلسَّيِّدِ ، فَلَا مَعْنَى لَتَعْجِيزِهِ فِيمَا يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى ^(٢٦) . لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ حَدًّا ، أَوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَيُودَى الْمُكَاتَبُ بِحَصَّةٍ مَا أَدَّى دِيَّةَ حُرٍّ ، وَمَا بَقِيَ دِيَّةَ عَبْدٍ » . رَوَاهُ الثَّرْمِذِيُّ ^(٢٧) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَنْ عَمْرِو ^(٢٨) ، وَعَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الشَّطْرَ ، فَلَا رُقٍّ عَلَيْهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِذَا أَدَّى قَدْرَ قِيمَتِهِ ، فَهُوَ غَرِيمٌ ^(٢٩) . وَقَضَى بِهِ شُرَيْحٌ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، فِي الْمُكَاتَبِ : إِذَا عَجَزَ اسْتُسْعِيَ بَعْدَ الْعَجَزِ سِتْنَيْنِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ ، ثَنَا هُشَيْمٌ ، عَنْ حَجَّاجٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، / عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ كَاتَبَ غُلَامُهُ عَلَى مِائَةِ أَوْقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ ^(٣٠) عَشْرِ أَوْاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » ^(٣١) . وَعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » . رَوَاهُ

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في ب : « إِلَى » .

(٢٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب عجز المكاتب ، من كتاب الكبرى ٣٤١/١٠ .

(٢٧) تقدم في : ١٢٦/٩ . وأخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في المكاتب يصيب حدًا أو ميراثًا أو يقتل ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٦/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١٢/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : إذا أدى مكاتبته فلا رد عليه في الرق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٢/٦ .

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ١٢٦/٩ .

(٢٩) أخرجه البيهقي ، في : باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، من كتاب الكبرى ٣٢٥/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١٠/٨ ، ٤١١ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : إذا أدى مكاتبته فلا رد عليه في الرق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٠/٦ .

(٣٠) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١١/٨ .

(٣١) في م : « عَلَى » .

(٣٢) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

أبو داود^(٣٣)، ولأنه عَوْضٌ عن المُكَاتِبِ، فلا يَعْتَقُ قَبْلَ أَدَائِهِ، كَالْقَدْرِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ، ولأنه لو عَتَقَ^(٣٤) بعضه، لَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ، كَمَا لو بَاشَرَهُ بِالْعِتْقِ، فَإِنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَّبِعُضُ فِي الْمِلْكِ. فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، فَمَحْمُولٌ عَلَى مُكَاتِبٍ لِرَجُلٍ مَاتَ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ، فَأَقْرَأَ أَحَدَهُمَا بَكْتَابَتِهِ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، فَأَدَّى إِلَى الْمُقَرِّ، أَوْ مَا أَشَبَّهَهَا مِنَ الصُّورِ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْقِيَاسِ. وَلَأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ: «إِذَا كَانَ لِأَحَدِكُمْ مُمْكَاتِبٌ، فَمَلَكَ مَا يُوَدَّى، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ»^(٣٥). دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ جَمِيعِ مَا يُوَدَّى، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ الْعِتْقُ عَلَى أَدَاءِ الْجَمِيعِ، وَإِنْ جَازَ رَدُّ بَعْضِهِ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِذَا أَدَيْتَ إِلَى أَلْفَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، وَلِلَّهِ^(٣٦) عَلَى رَدِّ رُبْعِهَا إِلَيْكَ. فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقُ قَبْلَ أَدَاءِ جَمِيعِهَا، وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ بَعْضِهَا.

فصل: وَتَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى كُلِّ مَالٍ يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ مُوَجَّلاً فِي مُعَاوَضَةٍ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ، كَعَقْدِ السَّلَامِ. فَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَثْمَانِ، وَكَانَ فِي الْبَلَدِ تَقَدُّ وَاحِدٌ، جَازَ إِطْلَاقُهُ؛ لِأَنَّهُ يَنْصَرِفُ بِالْإِطْلَاقِ إِلَيْهِ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ، كَالْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَقْوَدٌ أَحَدُهَا أَغْلَبَ فِي الْإِسْتِعْمَالِ، جَازَ الْإِطْلَاقُ أَيْضًا، وَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً مُتَسَاوِيَةً فِي الْإِسْتِعْمَالِ، وَجَبَ بَيَانُهُ بِجِنْسِهِ، وَمَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ مِنَ التَّقْوِدِ. وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْأَثْمَانِ، وَجَبَ وَصْفُهُ بِمَا يُوصَفُ بِهِ فِي السَّلَامِ. وَمَا لَا يَصِحُّ^(٣٧) السَّلْمُ فِيهِ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوْضًا فِي الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَثْبُتُ^(٣٨) / عَوْضُهُ فِي الذِّمَّةِ، فَلَمْ يَجْزِ بِعَوْضٍ مَجْهُولٍ، كَالسَّلَامِ. فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ، لَمْ يَصِحَّ. ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ^(٣٩)

(٣٣) تقدم تخريجه، في: ١٢٤/٩، ١٢٥.

(٣٤) في م: «أعتق».

(٣٥) تقدم تخريجه، في: ١٢٥/٩.

(٣٦) سقطت الواو من: الأصل، ١.

(٣٧) في الأصل، ب، م زيادة: «في».

(٣٨) في الأصل: «ثبت». وفي ب: «ثبت».

(٣٩) سقط من: الأصل.

وَجُهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . وَالْآخَرُ ، يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ مَعْنَى لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ الْمُطْلَقُ عَوَضًا فِيهِ ، كَالْعَقْلِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالثَّوْبِ الْمُطْلَقِ ، وَيُفَارِقُ الْعَقْلَ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ ^(٤٠) مُتَلَفٍ مُقَدَّرٍ فِي الشَّرْعِ ، وَهَهُنَا عَوَضٌ فِي عَقْدٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَلَئِنَّ الْحَيَوَانَ الْوَاجِبَ فِي الْعَقْلِ ، لَيْسَ بِحَيَوَانٍ مُطْلَقٍ ، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِجِنْسِهِ وَسِنِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ بِهِ ، وَلَئِنَّ الْحَيَوَانَ الْمُطْلَقَ لَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْعَبْدِ الْمُطْلَقِ ، وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ بَدَلًا فِي مَوْضِعٍ عَلِمْنَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ صَحَّحَ الْكِتَابَةَ بِهِ ، أَوْجَبَ لَهُ عَبْدًا وَسَطًا ، وَهُوَ السَّنْدِيُّ ، وَيَكُونُ وَسَطًا مِنَ السَّنَدِيِّينَ فِي قِيَمَتِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي الصَّدَاقِ ، وَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ عَلَى حَيَوَانٍ مُطْلَقٍ غَيْرِ الْعَبْدِ ، فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَلَا عَلَى ثَوْبٍ ، وَلَا دَارٍ ، وَكَذَلِكَ ^(٤١) لَا تَجُوزُ عَلَى ثَوْبٍ مِنْ ثِيَابِهِ ، وَلَا عِمَامَةٍ مِنْ عِمَائِمِهِ ، وَلَا غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَجْهُولَاتِ . وَإِنْ وَصَفَ ذَلِكَ ^(٤٢) بِأَوْصَافِهِ فِي السَّلَمِ ^(٤٣) ، صَحَّ . وَمِمَّنْ أَجَازَ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَمَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَرَزَةَ ، وَخَفْصَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

فصل : وَتَصَحُّحُ الْكِتَابَةِ عَلَى خِدْمَةٍ وَمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْعَوَاضِينَ فِي الْإِجَارَةِ ، فَجَازَ أَنْ تَكُونَ عَوَضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالْأَثْمَانِ . وَيُسْتَرْطُ / الْعِلْمُ بِهَا ، كَمَا يُسْتَرْطُ فِي ٢١٢/١١ وَ الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الشَّهْرِ ، وَكَوْنِهِ عَقِيبَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، وَإِنْ عَيَّنَ الشَّهْرَ لَوْ قَدْ لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ فِي الْمُحَرَّمِ عَلَى خِدْمَتِهِ فِي رَجَبٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ أَيْضًا ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْجَرَهُ دَارَهُ شَهْرَ رَجَبٍ فِي الْحَرَمِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ عَلَى شَهْرِ لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ . وَيُسْتَرْطُونَ

(٤٠) فِي مَزِيدٍ : « عَنْ » .

(٤١) فِي ب : « وَلَا ذَلِكَ » . وَفِي م : « وَلِذَلِكَ » .

(٤٢-٤٣) فِي م : « بِأَوْصَافِ السَّلَمِ » .

ذَكَرَ ذَلِكَ ، وَلَا يُجَوِّزُونَ إِطْلَاقَهُ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِمْ فِي الْإِجَارَةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ الْخِلَافِ فِيهِ ، فِي بَابِ الْإِجَارَةِ^(٤٣) . ^(٤٤) وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الدِّينَارِ الْمَذْكُورِ مُوجَّلاً ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ شَرْطٌ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ^(٤٥) . فَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدِّينَارِ بَعْدَ الشَّهْرِ يَوْمٌ أَوْ أَكْثَرُ ، صَحَّ . بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّهُ فِي الشَّهْرِ ، أَوْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ ، صَحَّ أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَجَمُّعًا وَاحِدًا . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ كُلَّهَا لَا تَكُونُ فِي وَقْتِ مَحَلِّ الدِّينَارِ ، وَإِنَّمَا يُوجَدُ جُزْءٌ مِنْهَا يَسِيرُ مُقَارِبًا لَهُ ، وَسَائِرُهَا فِيمَا سِوَاهُ ، وَلِأَنَّ الْخِدْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْعَوَضِ الْحَاصِلِ فِي ابْتِدَاءِ مَدَّتِهَا ، وَهَذَا يَسْتَحِقُّ عَوَضَهَا جَمِيعَةً عِنْدَ الْعَقْدِ ، فَيَكُونُ مَحَلُّهَا غَيْرَ مَحَلِّ الدِّينَارِ ، وَإِنَّمَا جَارَتْ حَالَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْحُلُولِ فِي غَيْرِهَا لِأَجْلِ الْعَجْزِ عَنْهُ فِي الْحَالِ ، وَهَذَا غَيْرُ مُوجُودٍ فِي الْخِدْمَةِ ، فَجَارَتْ حَالَةٌ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدِّينَارِ قَبْلَ الْخِدْمَةِ ، وَكَانَتِ الْخِدْمَةُ غَيْرَ مُتَّصِلَةٍ بِالْعَقْدِ ، بَحِثْ يَكُونُ الدِّينَارُ مُوجَّلاً ، وَالْخِدْمَةُ بَعْدَهُ ، جَاز . وَإِنْ كَانَتِ الْخِدْمَةُ مُتَّصِلَةً بِالْعَقْدِ ، لَمْ يَتَصَوَّرْ كَوْنُ الدِّينَارِ قَبْلَهُ ، وَلَمْ تَجْزُ فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ حَالًا ، وَمِنْ شَرْطِهِ التَّأَجُّلُ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةٍ مُفْرَدَةٍ ، فِي مُدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَكَاتِبَهُ^(٤٥) عَلَى خِدْمَةِ

٢١٢/١١ ظ شهر مُعَيَّنٍ^(٤٦) ، أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ عَلَى / تَجَمُّعٍ وَاحِدٍ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى أَتَجَمُّعٍ ، لِأَنَّ الْخِدْمَةَ تُسْتَوْفَى فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، بِخِلَافِ الْمَالِ . فَإِنْ جَعَلَهُ عَلَى شَهْرٍ بَعْدَ شَهْرٍ ، كَأَنَّ^(٤٧) كَاتِبَهُ فِي أَوَّلِ الْمَحْرَمِ ، عَلَى خِدْمَةٍ^(٤٨) فِيهِ ، وَفِي رَجَبٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى تَجَمُّعَيْنِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِي الدِّمَّةِ مَعْلُومَةٍ ، كَخِيَاطَةِ ثِيَابٍ عَيْنِهَا ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ وَصَفِّهِ ، صَحَّ أَيْضًا ، إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى تَجَمُّعَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : كَاتِبْتُكَ عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي هَذَا الشَّهْرَ ، وَخِيَاطَةِ كَذَا عَقِيبَ الشَّهْرِ . صَحَّ . فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِي شَهْرًا مِنْ وَقْتِي هَذَا ، وَشَهْرًا عَقِيبَ

(٤٣) تقدم في : ٩/٨ ، ١٠٠ .

(٤٤-٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٥) في م : « كاتبه » .

(٤٦) في الأصل ، ١ : « بعينه » .

(٤٧) في الأصل ، ١ : « كأنه » .

(٤٨) في الأصل ، ١ : « خدمته » .

هذا الشهر . صحَّ أيضًا . وعند الشافعي ، لا يصح . ولنا ، أنه كاتبه على نجمين ، فصَحَّ ، كالتى قبلها .

فصل : وإذا كاتب العبد ، وله مال ، فماله لسيده ، إلا أن يشترطه المكاتب . وإن كانت له سرية ، أو ولدٌ ، فهو لسيده . وبهذا قال الثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال الحسن ، وعطاء ، والنخعي ، وسليمان بن موسى ، وعمر بن دينار ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، في المكاتب : ماله له . ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى ، والنخعي ، وعمر بن دينار ، ومالك ، في الولد ، واحتج لهم بما روى ابنُ (٤٩) عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : (٥٠) « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ » (٥١) . ولنا ، قول النبي ﷺ (٥٢) : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥٣) . والكتابة بيعٌ ، ولأنه باعه نفسه ، فلم يدخل معه غيره ، كوكيله وأقاربه ، ولأنه هو وماله كانا لسيده ، فإذا وقع العقد على أحدهما ، بقى الآخر على ما كان عليه ، كما لو باعه لأجنبي . وحديثهم ضعيف ، قد ذكرنا ضعفه .

١٩٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِمُكَاتِبِهِ)

/ لا نعلم خلافا بين أهل العلم ، في أن ولأء المكاتب لسيده ، إذا أدى إليه . وبه يقول ٢١٣/١١ و مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وذلك لأن الكتابة إتمام وإعتاق له ؛ لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه ، فرضى به عوضا عنه ، وأعتق رقبته عوضا عن منفعتيه المستحققة له بحكم الأصل ، فكان معتقاً له ، مُنْعِمًا عليه ، فاستحق ولأءه ؛ لقوله ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (١) . وفي حديث بريرة ، أنها قالت : كاتبْتُ أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فقالت عائشة : إن شاء أهلك أن أعدّها لهم عدة واحدة ،

(٤٩) سقط من : ب ، م .

(٥٠-٥١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥١) تقدم تخرجه ، في : صفحة ٣٩٨ .

(٥٢) تقدم تخرجه ، في : ٢١/٦ .

(١) تقدم تخرجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

وَيَكُونُ وَلَؤُكَ لِي ، فَعَلْتُ . فَرَجَعْتُ بَرِيرَةَ إِلَى أَهْلِهَا ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُمْ ، فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ^(٢) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ عَلَى الْمُكَاتِبِ لِسَيِّدِهِ كَانَ مُتَقَرَّرًا عِنْدَهُمْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَيُعْطَى مِمَّا كُوتِبَ عَلَيْهِ الرَّبْعُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾)

الْكَلَامُ فِي الْإِيتَاءِ فِي خَمْسَةِ فُصُولٍ ؛ وَجُوبُهُ ، وَقَدْرُهُ ، وَجِنْسُهُ ، وَوَقْتُ جَوَازِهِ ، وَوَقْتُ وَجُوبِهِ .

أَمَّا الْأَوَّلُ : ^(١) فَإِنَّهُ يَجِبُ ^(١) عَلَى السَّيِّدِ إِيْتَاءُ الْمُكَاتِبِ شَيْئًا مِّمَّا كُوتِبَ عَلَيْهِ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢) . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ بَرِيدَةُ ، وَالْحَسَنُ ، وَالتَّحِيْمِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ بِوَاجِبٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَا يَجِبُ فِيهِ الْإِيتَاءُ ، كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ ^(٣) . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ ، قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي تَفْسِيرِهَا : ضَعُوا عَنْهُمْ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(٤) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مُكَاتِبَتِهِمْ شَيْئًا ^(٥) . وَتُخَالَفُ الْكِتَابَةُ سَائِرَ الْعُقُودِ ؛ فَإِنَّ الْقَصْدَ بِهَا ^(٦) الرِّفْقُ بِالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَسْتَحِقُّ بِهَا الْوَلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ / مَعَ الْمُعَاوَضَةِ ، فَكَذَلِكَ ^(٧) يَجِبُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ شَيْئًا . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ

٢١٣/١١ ظ

(٢) تقدم نخرج حديث بريرة ، في : ٣٢٥/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(١-١) في الأصل ، ب : « فيجب » .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٩/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٦ ، ٣٧٥/٨ .

(٣) سورة النور ٣٣ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٠/١٠ .

(٥-٥) في ١ ، ب : « رفق العبد » .

(٦) في ب ، م : « فلذلك » .

بالإيتاء ، إعطاؤه سَهْمًا من الصَّدَقَةِ ، أو النَّذْبُ إلى التَّصَدُّقِ عليه ، وليس ذلك بواجب ، بدليل أنَّ العَقْدَ يُوجِبُ العِوَضَ عليه ، فكيف يَفْتَضِي إسقاط شيءٍ منه ؟ قلنا : أمَّا الأوَّلُ ، فإنَّ عليًّا وابنَ عباسٍ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا ، فسَّراه بما ذَكَرناه ، وهما أَعْلَمُ بتأويل القرآن ، وحَمْلُ الأمرِ على النَّذْبِ يُخَالِفُ مُفْتَضَى الأمرِ ، فلا يُصَارُ إليه إِلَّا بدليل . وقولهم : إنَّ العَقْدَ يُوجِبُ عليه ، فلا يَسْقُطُ عنه . قلنا : إنَّما يَجِبُ الرُّفْقُ^(٧) به عند آخرِ كِتَابَتِهِ ، مُوَاساةً له ، وشُكْرًا لِنِعْمَةِ اللَّهِ تعالى ، كما تَجِبُ الزَّكَاةُ مُوَاساةً من النِّعَمِ التي أَنْعَمَ اللَّهُ تعالى بها على عَبْدِهِ ، ولأنَّ العَبْدَ وَلِيَ جَمْعَ هذا المَالِ ، وَتَعَبَّ فيه ، فَاقْتَضَى الحَالُ مُوَاساةً منه ، كما أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِطْعَامِهِ من الطَّعَامِ الَّذِي وَلِيَ حَرَهُ وَدُخَانَهُ^(٨) ، واختَصَّ هذا بالوجوب ؛ لأنَّ فيه مَعُونَةً على العِتْقِ ، وإِعَانَةً لِمَنْ يَحِقُّ على^(٩) اللَّهُ تعالى عَوْنُهُ ، فإنَّ أَبَاهُ رِيَّةً ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى عَوْنُهُمْ ؛ الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمُكَاتِبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ ، وَالتَّائِكُ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَا » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ^(١٠) ، وقال : حديثٌ حسنٌ .

الفصل الثاني : في قَدَرِهِ ، وهو الرُّبْعُ . ذَكَرَهُ الخِرَقِيُّ ، وأبو بكرٍ ، وغيرُهُما من أصحابينا . وَرَوَى ذلك عن عليٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وقال قتادة : العُشْرُ . وقال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُجْزَى ما يَقَعُ عليه الاسمُ . وهو قولُ مالِكٍ ، إِلَّا أَنَّهُ عِنْدَهُ مُسْتَحَبٌّ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ . و ﴿ مِنْ ﴾ للتَّبْعِيضِ ، والقَلِيلِ بعضٌ ، فَيُكْتَفَى به . وقال ابنُ عباسٍ : ضَعُوا عَنْهُمْ / من كِتَابَتِهِمْ^(١١) شيئًا . ولأنَّهُ قد ثَبَتَ أَنَّ ٢١٤/١١ و

(٧) في م : « للرفق » .

(٨) تقدم تخرجه ، في : ٤٣٦/١١ .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) في : باب ما جاء في المجاهد والتائك والمكاتب ... ، من أبواب فضائل الجهاد . عارضة الأحمدي ١٥٧/٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب معونة الله التائك الذي يريد العفاف ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٠/٦ . وابن ماجه ، في : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥١/٢ ، ٤٣٧ .

(١١) في ا ، ب ، م : « مكاتبتهم » .

المُكَاتَبَ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ وَجَبَ إِيْتَاوُهُ الرُّبْعَ ، لَوَجَبَ أَنْ يَعْتَقَ إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاءُ مَالٍ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ عَلَى خَمْسَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفًا ، فَأَخَذَ مِنْهُ ثَلَاثِينَ ، وَتَرَكَ لَهُ خَمْسَةَ^(١٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو بَكْرٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَعَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ . فَقَالَ : « رُبْعُ الْكِتَابَةِ^(١٣) »^(١٤) . وَرَوَى مُوقِفًا عَلَى عَلِيٍّ . وَلَأَنَّهُ مَالٌ يَجِبُ إِيْتَاوُهُ مُوَاسَاةً بِالشَّرْعِ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا ، كَالزَّكَاةِ ، وَلَأَنَّ حِكْمَةَ إِيْجَابِهِ الرُّقُقَ بِالْمُكَاتَبِ ، وَإِعَانَتُهُ عَلَى تَحْصِيلِ الْعِتَقِ ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالْيَسِيرِ الَّذِي هُوَ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ﴾ . وَإِنْ وَرَدَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ ، فَإِنَّ السَّنَةَ بُيِّنَتْ ، وَتُبَيَّنَ قَدْرُهُ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الثالث : فِي جِنْسِهِ ، إِنْ قَبِضَ مَالَ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ أَعْطَاهُ مِنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ بِمَا وَجَبَ عَلَيْهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَسَرُّوا الْإِيْتَاءَ بِذَلِكَ ، وَلَأَنَّهُ أَتْلَعُ فِي التَّفْعِ ، وَأَعُونُ عَلَى حُصُولِ الْعِتَقِ ، فَيَكُونُ أَفْضَلَ مِنَ الْإِيْتَاءِ ، وَتَحْصُلُ دَلَالَةُ الْآيَةِ عَلَيْهِ مِنْ طَرِيقِ التَّنْبِيهِ . وَإِنْ أَعْطَاهُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِهِ ، جَازَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُكَاتَبَ قَبُولُهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الْمَعْنَى بَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْهُ ، وَبَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْ غَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَى فِي الْأَجْزَاءِ ، وَغَيْرُ^(١٥) الْمَنْصُوصِ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ الْحَقُّ بِهِ ، وَكَذَلِكَ جَازَ الْحَطُّ ، وَلَيْسَ هُوَ بِإِيْتَاءٍ ، لَمَّا كَانَ فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ آتَاهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ ، فَيُعْطِيَهُ دَنَانِيرًا أَوْ عُرُوضًا^(١٦) ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛

ظ ٢١٤/١١

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَعَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٠/١٠ .

(١٣) في الأصل : « المكاتبه » .

(١٤) تقدم ترجمته ، في حاشية ٢ ، موقفا ، وهو في المواضع نفسها مرفوعا .

(١٥) في الأصل ، ١ : « أو غير » .

(١٦) في الأصل : « عرضا » .

لأنه لم يؤت منه ولا من جنسه . ويَحْتَمِلُ الجَوَازَ ؛ لِأَنَّ الرَّفْقَ ^(١٧) يَحْصُلُ بِهِ .

الفصل الرابع : في وَقْتِ جَوَازِهِ ، وهو مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ مِمَّا كَفْتُمْ ﴾ . وذلك يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَكَلَّمَا عَجَّلَهُ ^(١٨) كَانَ أَفْضَلَ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ أَنْفَعَ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الخامس : في وَقْتِ وَجُوبِهِ ، وهو حِينَ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِيتَائِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي آتَاهُ ، وَإِذَا آتَى الْمَالَ عَتَقَ ، فَيَجِبُ إِيْتَاؤُهُ حِينَئِذٍ . قَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، الْكِتَابَةُ عَلَى تَجْمِينَ ، وَالْإِيتَاءُ مِنَ الثَّانِي ^(١٩) . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ إِيْتَائِهِ ، فَهُوَ دَيْنٌ فِي تَرَكَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ ، فَهُوَ كَسَائِرِ دُيُونِهِ . وَإِنْ ضَاعَتِ التَّرَكَّةُ عَنْهُ وَعَنْ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ ، تَحَاصُّوا فِي التَّرَكَّةِ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ ، وَيُقَدَّمُ ذَلِكَ عَلَى الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ، وَقَدْ قَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(٢٠) .

١٩٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ عَجَّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحَلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدُ الْأَخْذَ ، وَعَتَقَ مِنْ وَقْتِهِ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : فيما إِذَا عَجَّلَ الْمُكَاتِبُ الْكِتَابَةَ قَبْلَ مَحَلِّهَا . فالمنصوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَلْزَمُ قَبُولُهَا ، وَيَعْتَقُ الْمُكَاتِبُ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِيهِ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْمَالِ إِلَّا عِنْدَ تَجُومِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْمُكَاتِبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ فِي مِلْكِهِ حَقٌّ / لَهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ ^(١) ، فَلَمْ يَزَلْ ، ٢١٥/١١ وَكَأَلَوْ عَلَّقَ عَتَقَهُ عَلَى شَرْطٍ ^(٢) ، لَمْ يَعْتَقْ قَبْلَهُ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهُوَ مَذْهَبُ

(١٧) في ١ ، ب ، م زيادة : « به » .

(١٨) في الأصل : « أعجله » .

(١٩) تقدم في : صفحة ٤٥٠ .

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٠/٨ .

وبعده في م زيادة : « والله الموفق » .

(١) في ب : « زواله » .

(٢) في ب : « شرطه » .

الشافعي، إلا أن القاضي قال: أطلق أحمد والخرقى هذا القول، وهو مُقَيَّد بما لا ضررَ في قبضه قبل محله، كالذي لا يفسد، ولا يختلف قديمه وحديثه، ولا يحتاج إلى مؤنة في حفظه، ولا يذفعه في حال خوف يخاف ذهابه، فإن احتل أحد هذه الأمور، لم يلزم قبضه، مثل أن يكون مما يفسد؛ كالعنب، والرطب، والبطيخ، أو يخاف تلفه، كالحيوان، فإنه ربما تلف قبل المحل، ففاته مقصوده. وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه، لم يلزمه أيضاً أخذه؛ لأنه ينقص إلى حين الحلول، وإن كان مما يحتاج إلى مخزن، كالطعام والقطن، لم يلزمه أيضاً؛ لأنه يحتاج في إبقائه إلى وقت المحل إلى مؤنة، فيتضرر بها، ولو كان غير هذا، إلا أن البلد مخوف، يخاف نهبه، لم يلزمه أخذه؛ لأن في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه، وكذلك لو سلمه إليه^(٣) في طريق مخوف، أو موضع يتضرر بقبضه فيه، لم يلزمه قبضه، ولم يعتق المكاتب ببذله. قال القاضي: والمذهب عندى أن فيه^(٤) تفصيلاً، على حسب ما ذكرناه في السلم. ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضيه العقد، ولو رضى بالتزامه. وأما ما لا ضررَ في قبضه، فإذا عجله، لزم السيد أخذه. وذكر أبو بكر، أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل، اعتماداً على إطلاق أحمد القول في ذلك، وهو ظاهر إطلاق الخرقى؛ لما روى الأثرم، بإسناده عن أبي بكر بن حزم، أن رجلاً أتى عمر، رضى الله عنه، فقال: يا أمير المؤمنين، إننى كاتبٌ على كذا وكذا، وإننى أيسرْتُ بالمال، فأثبته به، فرغم أنه لا يأخذها إلا نجوماً. فقال عمر، رضى الله عنه: يا يرفاً، خذ هذا المال، فاجعله في بيت المال، وأد إليه نجوماً في كل عام، وقد عتق هذا. فلما رأى ذلك سيده، أخذ المال^(٥). / وعن عثمان بنحو هذا^(٥). ورواه سعيّد بن منصور، في «سننه»، عن عمر وعثمان جميعاً، قال: حدثنا هشيم، عن ابن عوف^(٦)، عن محمد بن سيرين، أن عثمان قضى بذلك. ولأن الأجل حق لمن عليه الدين، فإذا قَدَّمه، فقد رضى بإسقاط حقه، فسقط، كسائر الحقوق. فإن

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) في م: «في قبضه».

(٥) وأخرجه البيهقي، في: باب تعجيل الكتابة، من كتاب المكاتب. السنن الكبرى ٣٣٥/١٠.

(٦) في ب، م: «عوف».

قِيلَ : إِذَا عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدَهُ عَلَى فِعْلٍ فِي وَقْتٍ ، ففَعَلَهُ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَال : إِذَا
أَدَّيْتُ إِلَى الْفَاءِ فِي رَمَضَانَ . فَأَدَّاهُ فِي شَعْبَانَ ، لَمْ يَعْتَقْ . قُلْنَا : تِلْكَ صِفَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، لَا يَعْتَقُ
إِلَّا بِوُجُودِهَا ، وَالكِتَابَةُ مُعَاوَضَةٌ يَبْرَأُ فِيهَا بِأَدَاءِ^(٧) الْعَوَضِ ، فَافْتَرَقَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ
الْعَوَضِ فِي الْكِتَابَةِ^(٨) ، عَتَقَ ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الْمَالِ فِي الصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَمْ يَعْتَقْ . وَالْأَوَّلَى ،
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، فِي أَنَّ مَا كَانَ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْضُهُ ، وَلَمْ يَعْتَقْ
بِبَدْلِهِ ؛ لِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الضَّرَرِ الَّذِي لَمْ يَقْتَضِهِ الْعَقْدُ ، وَخَبَرُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَا دَلَالَهَ فِيهِ
عَلَى وَجُوبِ قَبْضٍ مَا فِيهِ ضَرَرٌ ، وَلَأنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا : لَوْ لَقِيَهِ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ نَجُومَ
الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْضَهَا ، فَامْتَنَعَ مِنْ أَخْذِهَا لِضَرَرٍ فِيهِ ، مِنْ خَوْفٍ ، أَوْ مُؤْنَةٍ حَمَلٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
قَبُولُهُ ؛ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ، لَزِمَهُ قَبْضُهُ . كَذَا هُنَا . وَكَلَامُ
أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْخَرَقِيِّ وَأَبِي
بَكْرٍ .

فصل : وَإِذَا أَحْضَرَ الْمُكَاتِبُ مَالَ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بَعْضَهُ ، لُيُسَلِّمَهُ ، فَقَالَ السَّيِّدُ : هَذَا
حَرَامٌ ، أَوْ غَضَبٌ ، لَا أَقْبَلُهُ مِنْكَ . سَأَلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ أَقْرَبَهُ ، لَمْ يَلْزَمْ السَّيِّدَ قَبُولُهُ ؛
لأنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَخْذُ الْمُحَرَّمِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، وَكَانَتْ لِلْسَّيِّدِ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
قَبُولُهُ ، وَتُسَمَّعُ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي أَنْ لَا يَقْتَضِيَ دَيْنَهُ مِنْ حَرَامٍ ، وَلَا^(٩) يَأْمَنُ^(١٠) أَنْ يَرْجِعَ
صَاحِبُهُ / عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ،
لَمْ يَلْزَمْ السَّيِّدَ قَبُولُهُ أَيْضًا ، وَإِنْ حَلَفَ ، قِيلَ لِلْسَّيِّدِ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَهُ لِيَعْتَقَ .
فَإِنْ قَبِضَ ، وَكَانَ تَمَامَ كِتَابَتِهِ ، عَتَقَ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ حَرَامٌ مُطْلَقًا ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ؛
لأنَّهُ لَا^(١١) يُقْرَبُ لِأَحَدٍ ، وَإِنَّمَا تَحْرِيمُهُ فِيمَا بَيَّنَّهَ وَبَيَّنَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ غَضَبُهُ مِنْ
فُلَانٍ ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ^(١٢) ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْمُكَاتِبِ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِأَدَائِهَا » .

(٨) فِي م : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ لَا » .

(١٠) فِي م زِيَادَةً : « مِنْ » .

(١١) فِي ١ ، ب : « لَمْ » .

(١٢) فِي م زِيَادَةً : « إِنْ ادَّعَاه » .

نَفْسِهِ ، كَالْوَقَالِ رَجُلٍ لَعِيدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ : هَذَا حُرٌّ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ مِنَ الْعَبْدِ فِي يَدِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ ، لَزِمَتْهُ حُرِّيَّتُهُ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ^(١٣) ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ عَلَيْهِ حَقٌّ . وَإِنْ لَمْ يُبْرِئْهُ وَلَمْ يَقْبِضْهُ ، كَانَ لَهُ دَفْعُ ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَيُطَالِبُهُ بِقَبْضِهِ ، فَيُنَوِّبُ الْحَاكِمُ فِي قَبْضِهِ عَنْهُ ، وَيَعْتَقُ الْعَبْدَ ، كَمَا رَوَيْنَاهُ عَنْ عَمْرِو وَعَثْمَانَ ، فِي قَبْضِهِمَا مَالِ الْكِتَابَةِ حِينَ امْتَنَعَ الْمُكَاتِبُ مِنْ قَبْضِهِ .

فصل : وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى جِنْسٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْضُ غَيْرِهِ ، فَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْضُ دَرَاهِمٍ ، وَلَا عَرَضٍ ، وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَخْذُ الدَّنَانِيرِ ، وَلَا الْعُرُوضِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَرَضٍ مَوْصُوفٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْضُ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى نَقْدٍ ، فَأَعْطَاهُ مِنْ جِنْسِهِ خَيْرًا مِنْهُ ، وَكَانَ يَنْفَقُ فِيمَا يَنْفَقُ فِيهِ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْفَقُ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ الَّتِي يَنْفَقُ فِيهَا مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ فِيهِ ضَرَرًا .

الفصل الثاني : إِذَا مَلَكَ مَا يُودَى ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُودَى . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَابْنِهِ ، وَزَيْدٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا : الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ^(١٤) . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رَوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُودَى ، عَتَقَ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدٌ ، قَالَ^(١٥) : حَدَّثَنَا سَفْيَانُ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ نُبَهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتِبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُودَى ، فَلْتَحْتَجِبِي مِنْهُ » . وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١٦) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فَأَمَرَهُنَّ بِالْحِجَابِ بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ لِمَا يُودَى ، وَلِأَنَّهُ مَالِكٌ لِقَوَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَدَّاهُ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَصِيرُ حُرًّا بِمِلْكِ الْوَفَاءِ ، فَمَتَى امْتَنَعَ مِنْهُ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وَإِنْ هَلَكَ مَا فِي يَدَيْهِ^(١٧) قَبْلَ

(١٣) في م زيادة : « حين امتنع المكاتب من قبضه » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٤٥٢ .

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(١٧) في الأصل : « يده » .

الأداء ، صار دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وقد صار حُرًّا . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهَمٌ »^(١٨) . وَقَوْلُهُ : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَانِيرٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(١٩) . وَفِي رَوَايَةٍ : « مَنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ » . أَوْ قَالَ : « إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ » ، ثُمَّ عَجَزَ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٠) ، وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٢١) غَرِيبٌ . وَلَا أَنَّهُ عَتَقَ غُلُقَ بَعُوضٍ ، فَلَمْ يَعْتِقْ قَبْلَ أَدَائِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا أَدَيْتَ إِلَى الْفُلَا^(٢٢) ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، إِنَّ أَدَى عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ لَمْ يَعْتِقْ . فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يُؤَدِّيهِ الْإِمَامُ مِنْهُ ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ عَجْزًا ، وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ الْفَسْخَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخَزَقِيِّ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُؤَدِّ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ . إِنْ أَحَبَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا لَمْ يُؤَدِّ نَجَمًا ، حَتَّى حُلَّ نَجْمٌ آخَرُ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ إِنْ أَحَبَّ ، وَعَادَ عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتَّبٍ . وَنَحْوَهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ / ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِنْ شَاءَ عَجَزَ نَفْسَهُ ، وَامْتَنَعَ مِنْ ٢١٧/١١
الأداء . وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُعْجَبُ عَلَى اكْتِسَابِ مَا يُؤَدِّيهِ فِي الْكِتَابَةِ ، فَلَا يُعْجَبُ عَلَى الْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ^(٢٣) قَدْ ثَبِتَ لِلْعَبْدِ^(٢٤) اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ بِمِلْكِ مَا يُؤَدَّى ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالُهَا ، كَمَا لَوْ أَدَّى . فَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ أَدَائِهِ ، جَازَ تَعْجِيزُهُ^(٢٥) وَاسْتِرْقَاقُهُ . وَجْهًا وَاحِدًا .

١٩٨٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَدَّى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَمَاتَ وَفِي يَدِهِ وَقَاءٌ وَقَفْضٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالْبَاقَى لَوَرَثَتِهِ)

يَحْتَمِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَا قَبْلَهَا ، فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِمِلْكِ مَا يُؤَدَّى . فَقَدْ

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢-٢٢) في م : « يثبت للعقد » .

(٢٣) في ب ، م : « بعجزه » .

مات رَقِيقًا ، فأنفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِهِ ، وكان ما في يده لِسَيِّدِهِ . وإن قُلْنَا : إِنَّهُ عَتَقَ بَمَلِكٍ
 مَائُودِي . فقد مات حُرًّا ، وعليه لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَهُ عَلَيْهِ ، وَالْباقِي لَوَرَّثَتِهِ .
 قال القاضي : الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَنَفَّسَخَ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِهِ ، ويموتُ عَبْدًا ، وما في يده لِسَيِّدِهِ . رواه
 الأثرُم بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِ ، وَزَيْدٍ ، وَالزُّهْرِيِّ^(١) . وبه قال إبراهيم ، وعمرُ بن عبد العزيز ،
 وقتادة ، والشافعي ؛ لما ذكرناه في التي قبلها ، ولأنَّهُ مات قبل أداء مالِ الْكِتَابَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ
 تَنَفَّسَخَ ، كما لو لم يكن له مالٌ ، ولأنَّهُ عَتَقَ عُلُقَ بِشَرَطِ مُطْلَقٍ ، فَيَنْقَطِعُ بِالْمَوْتِ ، كما لو
 قال : إن^(٢) أَدَيْتُ إِلَى أَلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَعْتَقُ ، ويموتُ حُرًّا ، وَلِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ
 كِتَابَتِهِ ، وما فَضَلَ لَوَرَّثَتِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَمَعَاوِيَةَ^(٣) . وبه قال
 عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَطَاوُسٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ،
 وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : يَكُونُ حُرًّا فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ
 حَيَاتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . / وَوَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، مَا قَدَّمْنَا لَهَا^(٤) فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، وَلِأَنَّهَا
 مُعَاوَضَةٌ لَا تَنَفَّسَخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، فَلَا تَنَفَّسَخُ بِمَوْتِ الْآخِرِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ
 الْعَبْدَ أَحَدًا مَنْ تَمَّتْ بِهِ الْكِتَابَةُ^(٥) ، فَلَمْ تَنَفَّسَخْ بِمَوْتِهِ كَالسَّيِّدِ . وَالْأَوَّلَى أَوْلَى . وَتَفَارِقُ
 الْكِتَابَةُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بَعْثُهُ ، فَلَمْ
 يَنْفَسَخْ بِتَلْفِهِ ، وَالْمَكَاتِبُ هِيَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، وَالْعَقْدُ مُتَعَلِّقٌ^(٦) بَعْثُهُ ، فَإِذَا تَلَفَ قَبْلَ تِمَامِ^(٧)

٢١٧/١١ ظ

(١) وأخرجه عنهم البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وابن
 أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤١٦/٦ . وأخرجه عن
 زيد ، عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب وله ولد أحرار ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩٢/٨ .

(٢) في أ ، م : « إذا » .

(٣) أخرجه عنهم عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب ... ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩١/٨ ، ٣٩٣ ،
 ٣٩٤ . وأخرجه ، عن علي ومعوية ، البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى
 ٣٣٢ ، ٣٣١/١٠ . وعن ابن مسعود ، ابن أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب البيوع
 والأفضية . المصنف ٤١٥/٦ - ٤١٧ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ب ، م : « كتابة » .

(٦) في م : « يتعلق » .

(٧) في ب : « إتمام » .

الأداء ، انفسخ العقد ، كما لو تلف المبيع قبل قبضه ، ولأنه مات قبل وجود شرط
حرثته ، ويتعذر وجودها^(٨) بعد موته .

فصل : وإن^(٩) مات ولم يخلف وفاء ، فلا خلاف في المذهب أن الكتابة تنفسخ
بموته ، ويموت عبداً ، وما في يده لسيده . وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار ، إلا أن
يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما ، فإنه يموت حراً ، في
مقتضى قولهم . وقال مالك : إن كان له ولد حر ، انفسخت الكتابة ، وإن كان
مملوكاً^(١٠) في كتابته ، أجبر على دفع المال^(١١) إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال ، أجبر
على الاكتساب والأداء . وقد روى عن علي ، رضي الله عنه ، أنه يعتق منه بقدر ما
أدى^(١٢) . وروى عن ابن عباس ، رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ ، قال : « إذا أصاب
المكاتب حداً ، أو ميراثاً ، ورث بقدر ما أدى ، ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى »^(١٣) .
وعن عمر ، وعلي ، والنخعي : إذا أدى الشطر ، فلا رق عليه^(١٤) . وقال ابن مسعود : إذا
أدى قدر قيمته ، فهو غريم^(١٥) . وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها^(١٦) فيما تقدم بما
أعنى عن إعادته ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ولا تنفسخ الكتابة بالجنون ؛ لأنها عقد لازم ، فلم تنفسخ بالجنون ،
كالرهن ، وفارق الموت ؛ / لأن العقد على العين ، والموت يفوت العين ، بخلاف
الجنون ، ولأن القصد من الكتابة العتق ، والموت ينافيه ، ولهذا لا يصح عتق الميت ،

(٨) في م : « وجوده » .

(٩) في م : « وإذا » .

(١٠) في ب ، م : « له مملوك » .

(١١) في م زيادة : « كله » .

(١٢) تقدم في : ١٢٦/٩ ، وصفاً ٤٥٣ .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ١٢٦/٩ .

(١٤) تقدم في : ١٢٦/٩ ، وتقدم تخريجه ، في : صفاً ٤٥٣ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : صفاً ٤٥٣ .

(١٦) سقط من : الأصل ، ١ .

والمجنون لا ينفاه ، بدليل صِحَّة عَتَقِ المَجْنُون . فعلى هذا ، إن أدَّى إليه المال ، عَتَقَ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ إِذَا قَبَضَ مِنْهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ ، وَلَهُ أَنْحَذُ الْمَالِ مِنْ يَدِهِ ، فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ بَرَاءَتَهُ مِنَ الْمَالِ ، فَيَعْتَقُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهِ ^(١٧) ، كَانَ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يُحْضِرَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَتَثْبُتَ الْكِتَابَةُ بِالْبَيِّنَةِ ، فَيَبْحَثُ الْحَاكِمُ عَنْ مَالِهِ ، فَإِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا ، سَلَّمَهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَعَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، جَعَلَ لَهُ أَنْ يُعْجِزَهُ ، وَيُلْزِمَهُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَقِنَا ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ لَهُ الْحَاكِمُ بَعْدَ ذَلِكَ مَالًا يَفْقَى بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَبْطَلَ فَسَخَ السَّيِّدَ ؛ لِأَنَّ الْبَاطِلَ ^(١٨) بَانَ بِخِلَافِ مَا حَكَمَ بِهِ ، فَبَطَلَ حُكْمُهُ ، كَمَا إِذَا أَخْطَأَ النَّصَّ وَحَكَمَ بِالْاجْتِهَادِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى السَّيِّدِ مَا أَنْفَقَهُ مِنْ حِينَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فِي الْبَاطِلِ . وَإِنْ أَفَاقَ ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالَ الْكِتَابَةِ ، بَطَلَ أَيْضًا فَسَخُ السَّيِّدِ ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَعَ عِلْمِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِذَلِكَ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ . وَيَتَّبَعِي أَنْ يَسْتَحْلِفَ السَّيِّدَ الْحَاكِمَ ، أَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى مَالَ الْكِتَابَةِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَصْحَابُنَا ، وَهُوَ حَسَنٌ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٩) يَحْتَمِلُ أَنَّهُ ^(٢٠) اسْتَوْفَاهُ ، وَالْمَجْنُونُ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَيَدَّعِيَهُ ، فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي اسْتِحْلَافِهِ عَلَيْهِ .

فصل : وَقَتْلُ الْمُكَاتِبِ كَمَوْتِهِ ، فِي انْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا سَلَفْنَا مِنَ الْخِلَافِ ، سِوَاءِ كَانَ الْقَاتِلُ السَّيِّدَ أَوِ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَا قِصَاصَ عَلَى قَاتِلِهِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتِبَ عَبْدٌ مَابَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْهُمٌ . فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ سَيِّدَهُ وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَادَ مَا فِي يَدِهِ / ^{ظ ٢١٨/١١} إِلَى سَيِّدِهِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوْجَبَ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْقَاتِلُ لَا يَسْتَحِقُّ بِالْقَتْلِ شَيْئًا مِنْ تَرْكِهَ الْمَقْتُولِ . قُلْنَا : هَهُنَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُ الْمُكَاتِبِ مِيرَاثًا ، بَلْ بِحُكْمِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، لَزَوَالِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنَّمَا يُنْعَى الْقَاتِلُ الْمِيرَاثَ خَاصَّةً ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُوجَلٌّ ، إِذَا قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، حُلَّ دَيْنُهُ ، فِي ^(٢٠) رَوَايَةٍ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : « الباطل » . تحريف .

(١٩-١٩) سقط من : م .

(٢٠) في ب ، م : « وفي » .

عَتَقْتُ . وإن كان المكَاتِبُ قد خَلَفَ وَفَاءً ، وَقُلْنَا : إِنَّ الْكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ . فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ^(٢١) . فَلَهُ الْقِيَمَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، تُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْجَنَابَةُ عَلَى بَعْضِ أَطْرَافِهِ فِي حَيَاتِهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَفَاءُ يَحْصُلُ بِإِجَابِ الْقِيَمَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ بِذَوْنِهَا ، وَجَبَتْ ، كَمَا لَوْ خَلَفَ وَفَاءً ؛ لِأَنَّ دِيَةَ الْمَقْتُولِ كَثَرَتْ ، فِي قَضَاءِ دُيُونِهِ مِنْهَا ، وَانْصِرَافِهَا إِلَى وَرَثَتِهِ^(٢٢) بَيْنَهُمْ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى . وَلَا فَرْقَ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، بَيْنَ أَنْ يُخْلَفَ وَارِثًا^(٢٣) أَوْ لَا يُخْلَفَ وَارِثًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ وَارِثًا سِوَى سَيِّدِهِ ، لَمْ تَجِبِ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ بِحَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، يُصَرَّفُ مَالُهُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ صَرْفَهُ إِلَى سَيِّدِهِ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ ، وَالْقَاتِلُ لَا مِيرَاثَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ أَجَنَبِيًّا ، وَجَبَتْ الْقِيَمَةُ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ ، فَإِنَّهَا تَجِبُ لَوَرَثَتِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، كَانَ الْعَبْدُ عَلَى كِتَابَتِهِ ، وَمَا أَدَّى قَبْلَ وَرَثَةِ سَيِّدِهِ ، مَقْسُومًا كَالْمِيرَاثِ)

وجملة ذلك أن الكتابة لا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنْ جِهَتِهِ ، لَا سَبِيلَ إِلَى فَسْخِهِ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِمَوْتِهِ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَكَاتِبَ يُودَى نُجُومُهُ ، / وَمَا بَقِيَ مِنْهَا ، إِلَى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لِمَوْرُوثِهِمْ ، وَيَكُونُ مَقْسُومًا بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ ، كَسَائِرِ دُيُونِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَوْلَادٌ ذُكُورٌ وَإِنَاثٌ ، فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ . وَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يُودَى إِلَى كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقُّهُ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ ، لَمْ يَعْتَقْ ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَ شُرَكَاءَ ، فَأَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ غَائِبًا ، وَكَانَ لَهُ وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى وَكِيلِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَعَتَقَ . وَإِنْ كَانَ مُوَلِّيًّا عَلَيْهِ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى وَلِيِّهِ ؛ إِمَّا ابْنَهُ أَوْ وَصِيَّهُ أَوْ الْحَاكِمَ أَوْ أَمِينَهُ . فَإِنْ كَانَ لَهُ وَصِيَّانِ ، لَمْ يَبْرَأُ إِلَّا بِالْذَّفْعِ إِلَيْهِمَا مَعًا . وَإِنْ كَانَ

(٢١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٢) في ب : « وَارِثَهُ » .

(٢٣) في م : « تَوَارِثًا » .

الوارث رَشِيدًا ، قَبَضَ لِنَفْسِهِ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى غَيْرِهِ لِيَقْبِضَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّشِيدَ وَلِيُّ نَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ رَشِيدًا ، وَبَعْضُهُمْ مُوَلًيًا عَلَيْهِ ، فَحُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُكْمُهُ لَوْ انْفَرَدَ . وَإِنْ أُذِنَ بَعْضُهُمْ لَهُ فِي الْأَدَاءِ إِلَى الْآخَرِ ، وَكَانَ الَّذِي أُذِنَ لَهُ ^(١) فِي ذَلِكَ رَشِيدًا ، فَأُدِّيَ إِلَى الْآخَرِ جَمِيعُ حَقِّهِ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، وَقُوِّمَ عَلَيْهِ بَاقِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَسْرِ ^(٢) عِتْقُهُ ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَهُوَ ^(٣) الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى بَعْضَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَالُودًا إِلَى السَّيِّدِ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، بَرِيَ مِنْهُ ، وَعَتَقَ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَكَذَلِكَ ^{ظ ٢١٩/١١} إِنْ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، عَتَقَ . وَالْخِلَافُ / فِي هَذَا كُلِّهِ ، كَالْخِلَافِ فِيمَا إِذَا أَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ بِإِذْنِ الْآخَرِ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّهُ يَعْتَقُ نَصِيبُ مَنْ أَبْرَأَهُ ^(٤) مِنْ حَقِّهِ عَلَيْهِ ، أَوْ اسْتَوْفَى نَصِيبَهُ بِإِذْنِ شُرَكَائِهِ ، أَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُلْحَقَهُ الْعِتْقُ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ سَيِّدُهُ مِنْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَبْرَأَهُ سَيِّدُهُ مِنْ بَعْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ حَقِّهِ . وَلَنَا ، عَلَى سِرَايَةِ عِتْقِهِ ، أَنَّهُ إِعْتَاقٌ لِبَعْضِ الْعَبْدِ الَّذِي يَجُوزُ إِعْتَاقُهُ ، مِنْ مُوسِرٍ جَائِزٍ التَّصَرُّفِ ، غَيْرِ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَسْرِ عِتْقُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ قَنَّا ، وَلَأنَّهُ عَتَقَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ وَاخْتِيَارِهِ ، فَسَرَى ، كَمَحَلِّ الْوَفَاقِ . فَإِنْ قِيلَ : فِي السَّرَايَةِ إِضْرَارٌ ^(٥) بِالشُّرَكَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَعْجِزُ ، فَيُرَدُّ إِلَى الرَّقِّ . قُلْنَا : إِذَا كَانَ الْعِتْقُ فِي مَحَلِّ الْوَفَاقِ يُزِيلُ الرَّقَّ الْمُتَمَكِّنَ ، الَّذِي لَا كِتَابَةَ فِيهِ ، فَلَا يُزِيلُ عَرَضِيَّةً ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى .

١٩٨٤ — مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ عَبْدٌ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ)

^(١) يَعْنِي لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ ^(١) ، أَمَا إِذَا عَجَزَ ، وَرُدَّ فِي الرَّقِّ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ عَبْدًا لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ ،

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب زيادة : « إلى » .

(٣) في ب : « وهذا » .

(٤) في الأصل ، ا ، ب : « أبرأ » .

(٥) في م : « ضرر » .

(١-١) سقط من : م .

كما لو لم يكن مكاتباً ؛ لأنه من مال موروّثهم ، فكان بينهم كسائر المال ، وأمّا إذا^(٢) أدى مال الكتابة ، وعَتَقَ ، فقال الخِرَقِيُّ : يكون ولاؤه لمكاتبه ، يَحْتَصُّ به عَصَبَاتُهُ ذَوْنُ أصحابِ الفُرُوضِ . وهذا قولُ أكثرِ الفقهاء . وهو اختيارُ أبي بكرٍ . ونَقَلَهُ إِسْحَاقُ بْنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، رحمه الله ، وإِسْحَاقُ . وَرَوَى حَنْبَلٌ ، وَصَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، عن أبيه ، قال : اختلف الناسُ في المكاتبِ يَمُوتُ سيِّدُهُ ، وعليه بَقِيَّةٌ من كِتَابَتِهِ ، فقال بعضُ الناسِ : الولاءُ للرجالِ والنِّسَاءِ . وقال بعضُ الناسِ : لا ولاءَ للنِّسَاءِ ؛ لأنَّ هذا إنَّما هو دَيْنٌ على المكاتبِ ، ولا يَرِثُ النِّسَاءُ من الولاءِ إلَّا ما كَاتَبْنَ / ، أو أَعْتَقْنَ . ولكلُّ وَجْهٍ . ٢٢٠/١١ و الذي أَرَاهُ وَيَغْلِبُ ، على أَنَّهُنَّ يَرِثْنَ ؛ وذلك لأنَّ المكاتبَ لو عَجَزَ بعدَ وفاةِ السيِّدِ ، رُدَّ رَقِيقًا . وهذا قولُ طائِفَةٍ ، والزُّهْرِيُّ ؛ وذلك لأنَّ^(٣) المكاتبَ انْتَقَلَ إلى الورثةِ بِمَوْتِ المكاتبِ ، فكان ولاؤه لهم ، كما لو انْتَقَلَ إلى المُشْتَرَى ، ولأنَّه يُودَى إلى الورثةِ ، فكان ولاؤه لهم ، كما لو أدَّى إلى^(٤) المُشْتَرَى . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، أَنَّ السيِّدَ هو المُنْعَمُ بالعِتْقِ ، فكان الولاءُ له ، كما لو أدَّى إليه ، ولأنَّ الورثةَ إنَّما يَنْتَقِلُ إليهم ما بَقِيَ للسيِّدِ ، وإنَّما بَقِيَ للسيِّدِ دَيْنٌ في ذِمَّةِ المكاتبِ ، والفرقُ بين الميراثِ والشُّراءِ ، أَنَّ السيِّدَ نَقَلَ حَقَّهُ في المَبِيعِ^(٥) باختيارِهِ ، فلم يَبْقَ له فيه^(٦) حَقٌّ من وَجْهِ ، والوَارِثُ يَخْلُفُ المَورُوثَ ، ويقومُ مقامَهُ ، وَيَبْنِي على ما فَعَلَهُ مَورُوثُهُ ، ولا يَنْتَقِلُ إليه شَيْءٌ أَمَكَّنَ بَقَاؤُهُ لَمَورُوثِهِ ، والولاءُ ممَّا أَمَكَّنَ بَقَاؤُهُ لَلْمَورُوثِ ، فَوَجَبَ أَنْ لا يَنْتَقِلَ عنه .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَرْتَةُ ، صَحَّ عِتْقُهُمْ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكٌ لَهُمْ ، فَصَحَّ عِتْقُهُمْ لَهُ ، وَلَأنَّ السيِّدَ لو أَعْتَقَهُ نَفَذَ عِتْقَهُ ، وَهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَورُوثِهِمْ ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٦) . وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شُرَكَائِهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَسْرِ عِتْقَهُ ؛ لَكُونَهُ مُعْسِرًا ، أَوْ لغيرِ ذلك ،

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : أ .

(٥) في ب : « البيع » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

فله ولأء ما أعتقه ؛ للخبير ، ولأنه منعم عليه بالعتق ، فكان الولاء له ، كغير المكاتب .
وقال القاضي : إن أعتقوه كلهم قبل عجزه ، كان الولاء للسيد ، وإن أعتق بعضهم ، لم
يسر عتقه ، ثم ينظر ؛ فإن أدى إلى الباقي ، عتق كله ، وكان ولأء للسيد ، وإن عجز
فردوه إلى الرق ، كان ولأء نصيب المعتق له ؛ لأنه لولا إعتاقه ، / لعاد سهمه رقيقاً ،
كسهم سائر الورثة ، فلما أعتقه ، كان هو المنعم عليه ، فكان الولاء له دونهم . فأما إن
أبرأه الورثة كلهم ^(٧) ، عتق ، وكان ولأء على الرويتين اللتين ذكرناهما ، فيما إذا أدى
إليهم ؛ لأن الإبراء جرى مجرى استيفاء ما عليه . ويحتمل أن يكون الولاء لهم ؛ لأنهم
أنعموا عليه بما عتق به ، فأشبهه ما لو أعتقوه . وإن أبرأه بعضهم من نصيبه ، كان في ولأئه ما
ذكرناه من الخلاف . والله أعلم .

فصل : إذا باع الورثة المكاتب ، أو وهبوه ، صح بيعهم وهبتهم ؛ لأنهم يقومون
مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وهبته ، فكذلك ورثته ، ويكون عند المشتري
والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه ، عادر قيقاله ، وإن أدى وعتق ، كان
ولأء لمن يؤدى إليه . على الرواية التي تقول : إن ولأء للورثة ، إذا أدى إليهم . وأما على
الرواية الأخرى ، فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته ؛ لأن ذلك يقتضي إبطال سبب ثبوت
الولاء للسيد الذي كاتبه ، وليس ذلك للورثة ، ويحتمل أن يصح ، ويكون الولاء للسيد إن
عتق بالكتابة ؛ لأن السيد عقدها ، فعتقها ، فكان ولأء له ، ويفارق ما باعه السيد ؛ لأن
السيد يبيعه أبطل حق نفسه ، وله ذلك ، بخلاف الورثة ؛ فإنهم لا يملكون إبطال حق
موروثهم .

فصل : وإن وصى ^(٨) السيد بمال الكتابة لرجل ، صح . فإن سلم مال الكتابة إلى
الموصى له ، أو وكيله ، أو وليه إن كان محجوراً عليه ، برئ منه ، وعتق ، وولأء لسيد
الذي كاتبه ؛ لأنه المنعم عليه . وإن أبرأه من المال ، عتق أيضا ؛ لأنه برئ من مال
الكتابة ، فأشبهه ما لو أدى . وإن أعتقه ، لم يعتق ؛ لأنه لا يملك رقبته ، ولا وصى له بها ،

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : « أوصى » .

وإنما وصَّى له بالمال الذي عليه . وإن عَجَزَ ، ورُدَّ في الرُّق ، عاد عَبْدًا للوَرِثَةِ ، وما قَبَضَهُ ^(٩) الموصى له من / المال ، فهو له ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ الصَّحِيحَةِ ، والأمر ٢٢١/١١
في تَعَجِيزِهِ إلى الوَرِثَةِ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبِتَ ^(١٠) لهم بتَعَجِيزِهِ ، وَيَصِيرُ العبدُ لهم ، فكانت الخِيَرَةُ في ذلك إليهم . وأما الموصى له ، فإنَّ حَقَّهُ وَوَصِيَّتَهُ تَبْطُلُ بتَعَجِيزِهِ ، فلم يَكُنْ له في ذلك حَقٌّ . وإن وصَّى بمال الكِتَابَةِ للمَساكِينِ ، ووصَّى إلى رجلٍ بقَبْضِهِ وتَفْرِيقِهِ بَيْنَهُمْ ، صَحَّ . ومتى سَلَّمَ المالَ إلى الوَصِيِّ ^(١١) ، بَرِئَ ، وَعَتَقَ . وإن أَبْرَأَهُ منه لم يَبْرَأْ ؛ لأنَّ الحَقَّ لغيرِهِ . وإن دَفَعَهُ المُكَاتَّبُ إلى المَساكِينِ ، لم يَبْرَأْ منه ، ولم يَعْتَقْ ؛ لأنَّ التَّعْيِينَ إلى الوَصِيِّ دُونَهُ . وإن وصَّى بِدَفْعِ المالِ إلى غُرَمائِهِ ، تَعَيَّنَ القَضَاءُ منه ، كَالوَصِيِّ بِهِ عَطِيَّةً لَهُ . فإن كانَ إِنَّمَا وَصَّى ^(١٢) بِقَضَاءِ دُيُونِهِ مُطْلَقًا ، كانَ على المُكَاتَّبِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الوَرِثَةِ والْوَصِيِّ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَيَدْفَعَهُ إِلَيْهِمْ بِحَضْرَتِهِ ؛ لأنَّ المالَ للوَرِثَةِ ، ولهم أَنْ يَقْضُوا الدَّيْنَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ ، وللوصِيِّ ^(١٣) في قَضَاءِ الدَّيْنِ حَقٌّ فِيهِ ؛ لأنَّ له ^(١٤) مِنْهُمْ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي التَّرَكَّةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : إذا مات رجلٌ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا ، فادَّعَى العبدُ أَنَّ سَيِّدَهُ كَاتِبَهُ ، فَصَدَّقَاهُ ، ثَبِتَتِ الكِتَابَةُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن أنْكَرَاهُ ، وكانت له بَيِّنَةٌ بَدَعُوهُ ، ثَبِتَتِ الكِتَابَةُ ، وَعَتَقَ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِمَا . وإن عَجَزَ ، فَلَهُمَا رُدُّهُ إلى الرُّق . وإن لم يُعْجِزْهُ ، وَصَبَّرَا عَلَيْهِ ، لم يَمْلِكِ الفَسْخُ . وإن عَجَزَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأَبَى الْآخَرُ تَعَجِيزَهُ ، بَقِيَ نَصْفُهُ على الكِتَابَةِ ، وعَادَ نَصْفُهُ الْآخَرَ رَقِيْقًا . وإن لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُهُمَا معَ إِيْمَانِهِمَا ؛ لأنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرُّق ، وَعَدَمُ الكِتَابَةِ ، وتكونُ إِيْمَانُهُمَا ^(١٥) على نَفْيِ الْعِلْمِ ، فَيَحْلِفَانِ بِاللَّهِ

(٩) في م زيادة : « الوصى » .

(١٠) في ١ ، ب : « يثبت » .

(١١) في ب : « الموصى » .

(١٢) في م : « أوصى » .

(١٣) في ب : « والموصى » .

(١٤) في ب ، م : « لهم » .

(١٥) في م : « إيمانهم » .

٢٢١/١١ ظ ^{١٦} / وإن نكلا ، قضى عليهما ، / أو ردَّت اليمين ^(١٦) ، على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد ، وتثبت الكتابة . وإن حلف أحدهما ، وكل الآخر ، قضى برق نصفه ، وكتابة نصفه . وإن صدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، ثبتت الكتابة في نصفه ، وعليه البيعة في نصفه الآخر . فإن لم تكن له بيعة ، وحلف المنكر ، صار نصفه مكاتبا ، ونصفه رقيقا قنا . فإن شهد المقر على أخيه ، قبلت شهادته ؛ لأنه لا يجزئها إلى نفسه نفعاً ، ولا يندفع بها ضرراً . فإن كان معه شاهد آخر ، كملت الشهادة ، وثبتت الكتابة في جميعه . وإن لم يشهد معه غيره ، فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين . وإن لم يكن عدلاً ، أو لم يحلف العبد معه ، وحلف المنكر ، كان نصفه مكاتبا ، ونصفه رقيقاً ، ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ، ونفقته من كسبه ؛ لأنه على نفسه ، وعلى مالك نصفه ، فإن لم يكن له كسب ، كان على المنكر نصف نفقته ، ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة ، معاومة أو مشاهرة ، أو كيفما كان ، جاز . وإن طلب ذلك أحدهما ، وامتنع الآخر ، فظاهر كلام أحمد ، أنه يجزئ عليها . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن المنافع مشتركة بينهما ، فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر ، لزم الآخر إجابته ، كالأعيان . ويحتمل أن لا يجزئ . وهو قول الشافعي ؛ لأن المهايأة تأخير حقه الحال ؛ لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما ، فلا تجب الإجابة إليه ، كتأخير دينه الحال . فإن اقتسما الكسب مهايأة ، أو مناصفة ، فلم يف بأداء نجومه ، فللمقر رده في الرق ، وما في يده له خاصة ؛ لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب . وإن اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب ، فقال المنكر : / هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة ، أو كسبه ^(١٧) في حياة أينا . وأنكر ذلك المقر ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن المنكر يدعى كسبه في وقت الأصل عدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك ، كان القول قول المكاتب ، فكذلك من يقوم مقامه . وإن أدى الكتابة ، عتق نصيب المقر خاصة ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ؛ لأنه لم يباشر

٢٢٢/١١ و

(١٦) في م زيادة : « عليه » .

(١٧) في م : « وكسبه » .

العَتَقَ ، ولم يَتَسَبَّبْ^(١٨) إليه ، وإِنَّمَا كَانَ السَّبَبُ^(١٩) مِنْ أَبِيهِ ، وَهَذَا حَالِكٌ عَنْ أَبِيهِ ، مُقَرَّرٌ بِفِعْلِهِ ، فَهُوَ كَالشَّاهِدِ ، وَلَأنَّ الْمُقَرَّرَ يزْعُمُ أَنَّ نَصِيبَ أَخِيهِ خُرُأً يَضًا ؛ لِأنَّه قد قَبَضَ مِنَ الْعَبْدِ مِثْلَ مَا قَبَضَ ، فَقَدْ حَصَلَ أَداءُ مَالِ الْكِتَابَةِ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَعَتَقَ كُلَّهُ بِذَلِكَ ، وَوَلَاءُ هَذَا النِّصْفِ لِلْمُقَرَّرِ ؛ لِأنَّ أَخَاهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَهَذَا الْمُقَرَّرُ يَدَّعِي أَنَّهُ كُلُّهُ قد عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وَهَذَا الْوَلَاءُ الَّذِي عَلَى هَذَا النِّصْفِ نَصِيبِي مِنَ الْوَلَاءِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي^(٢٠) ، الْوَلَاءُ بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ ؛ لِأنَّه يُثْبِتُ لِمَوْرُوثِهِمَا ، فَكَانَ لهُمَا بِالْمِيرَاثِ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَاهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(٢١) ثُبُوتُ الْوَلَاءِ لِلْأَبِ ، وَاجْتِنَابُ أَحَدِ الْاِثْنَيْنِ بِهِ ، كَمَا لو ادَّعَى أَحَدُهُمَا دَيْنًا لِأَبِيهِ عَلَى إِنْسَانٍ ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ ، فَإِنَّ الْمُدَّعِيَ يَأْخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، وَيَخْتَصُّ بِهِ دُونَ أَخِيهِ ، وَإِنْ كَانَ يَرِثُهُ عَنِ الْأَبِ ، وَكَذَلِكَ لو ادَّعَاهُ مَعًا ، وَأَقَامَا بِهِ شَاهِدًا وَاحِدًا ، فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا مَعَ الشَّاهِدِ ، وَأَبَى الْآخَرُ . فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا . هَذَا قَوْلُ الْحَرْقِيِّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَالَهُ مِنْ عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شُرَكَاءُهُ حِصَصَهُمْ »^(٢٢) . وَلَأنَّه مُوسِرٌ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ / مِنْ ٢٢٢/١١ ظ

عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتَبِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي : لَا تُعْتَقُ إِلَّا حِصَّتُهُ ؛ لِأنَّه إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ الْمُقَرَّرَ ، فَهُوَ مُتَّفَذٌ ، وَإِنْ كَانَ الْمُنْكَرَ ، لَمْ يَسْرِ^(٢٣) إِلَى نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ ؛ لِأنَّه مُكَاتَبٌ لغيرِهِ ، وَفِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ إِلَيْهِ إِبْطَالُ سَبَبِ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ .

١٩٨٥ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَا يُمْنَعُ الْمُكَاتَبُ مِنَ السَّفَرِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ ، قَرِيبًا كَانَ أَوْ بَعِيدًا . وَهَذَا^(١) قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ،

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَنْسَبُ » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « النَّسَبُ » .

(٢٠) بَعْدَ هَذَا فِي الْأَصْلِ ، ١ : « أَنْ » .

(٢١) فِي ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(٢٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٣٦٢/٧ .

(٢٣) فِي ب ، م : « يَصِرُ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَهُوَ » .

والتَّحَعِّي ، وسعيد بن جُبَيْر ، والثَّوْرِيُّ ، والحسن بن صالح ، وأبي حنيفة . ولم يُفَرَّقْ أصحابنا بين السَّفَر الطويل وغيره ، ولكن^(٢) المذهب أن له منعه من سَفَرٍ يَحِلُّ نُجُومُ كِتَابَتِهِ قَبْلَهُ^(٣) ؛ لأنه يَتَعَذَّرُ معه استيفاء النُّجُومِ في وَقْتِهَا ، والرُّجُوعُ في رِقَّة^(٤) عند عَجْزِهِ ، فَمُنِعَ منه ، كالْعَرِيمِ الذي يَحِلُّ عليه الدِّينُ قبل مُدَّةِ سَفَرِهِ . واخْتَلَفَ قولُ الشافعي ، فقال في مَوْضِعٍ : له السَّفَرُ .^(٥) وفي قولٍ : ليس له السَّفَرُ^(٥) . فقال بعضُ أصحابه : فيها قولان . وقال بعضهم : ليست على قولين ، إنما هي على اختلافِ حالين ؛ فالمَوْضِعُ الذي قال : له السَّفَرُ . إذا كان قَصِيرًا ؛ لأنه في حُكْمِ الحاضر ، والموضع الذي مَنَعَ منه ، إذا كان بَعِيدًا ، يَتَعَذَّرُ معه^(٦) استيفاء نُجُومِهِ ، والرُّجُوعُ في رِقَّةٍ عند عَجْزِهِ . ولنا ، أن المَكَاتِبَ في يَدِ نَفْسِهِ ، وإِنَّمَا لِلسَّيِّدِ عليه دَيْنٌ ، فَأَشْبَهَ الحُرَّ المَدِينِ ، وما ذَكَرُوهُ لا أَصْلَ لَهُ ، وَيَبْطُلُ بالْحُرِّ^(٧) العَرِيمِ .

فصل : فإن شَرَطَ عليه في الكِتَابَةِ أن لا يُسَافِرَ ، فقال القاضي : الشَّرْطُ باطلٌ . وهو قولُ الحسن ، وسعيد بن جُبَيْر ، والشَّعْبِيُّ ، والتَّحَعِّي ، وأبي حنيفة ؛ لأنه يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فلم يَصِحَّ شَرْطُهُ ، كَشَرْطِ تَرْكِ الْاِكْتِسَابِ ، ولأنَّه غَرِيمٌ ، فلم يَصِحَّ شَرْطُ تَرْكِ السَّفَرِ عليه ، كما لو أَقْرَضَ^(٨) رَجُلًا^(٩) قَرْضًا بِشَرْطِ أن لا يُسَافِرَ . وقال أبو الحُطَّابِ / ٢٢٣/١١ : يَصِحُّ الشَّرْطُ ، وله منعه من السَّفَرِ . وهو قولُ مالك ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(١٠) . ولأنَّه شَرَطَ له فيه فائِدَةً ، فَلَزِمَ ، كما لو شَرَطَ تَقْدَامَ مَعْلُومًا . وبيانُ فائِدَتِهِ ، أَنَّهُ لا يَأْمَنُ^(١١) إِيَابَهُ ، وَأَنَّهُ لا يَرْجِعُ إلى سَيِّدِهِ ، فَيَقُوتُ الْعَبْدُ والمَالُ الذي عليه ،

(٢) سقطت الواو من : ب ، م . وفي م بعد ذلك زيادة : « قياس » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « وقته » .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ١ . نقل نظر .

(٦) في م زيادة : « بعد » .

(٧) في م : « بالحرم » . خطأ .

(٨) في م : « أقرضه » .

(٩) في الأصل ، ب ، م : « رجل » .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٠/٦ .

(١١) في ب زيادة : « من » .

وَيُفَارِقُ الْقَرْضَ ، فَإِنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جَانِبِ الْمُقْرِضِ ، مَتَى شَاءَ طَالِبٌ بِأَخْذِهِ ، وَمَنْعَ الْعَرِيمِ السَّفَرِ قَبْلَ إِيْفَائِهِ ، فَكَانَ الْمَنْعُ مِنَ السَّفَرِ حَاصِلًا بِدُونِ شَرْطِهِ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ السَّيِّدَ مَنْعُهُ مِنَ السَّفَرِ إِلَّا بِشَرْطِهِ ، وَفِيهِ حِفْظُ عَبْدِهِ وَمَالِهِ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ تَحْصِيلِهِ ^(١٢) . وَهَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَأَوَّلَى . فَعَلِيَ هَذَا الْوَجْهِ ، لِسَيِّدِهِ مَنْعُهُ مِنَ السَّفَرِ ، فَإِنْ سَافَرَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَهُ رَدُّهُ ، إِنْ أَمَكَّنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ رَدُّهُ ، اِحْتِمَالٌ أَنَّ لَهُ تَعَجُّيزَهُ ، وَرَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفِ بِمَا شَرَطَهُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَفِ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ . وَاحْتِمَالٌ أَنَّ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَّبٌ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَعَجُّيزَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ^(١٣) عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ لَا يَسْأَلَ النَّاسَ ^(١٤) ، فَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : هُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِنْ رَأَيْتَهُ يَسْأَلُ تَنْهَاهُ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أَعُوذُ . لَمْ يَرُدَّهُ عَنْ كِتَابَتِهِ فِي مَرَّةٍ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ لِأَزْمٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ خَالَفَ مَرَّةً ، لَمْ يُعَجَّزْهُ ، وَإِنْ خَالَفَ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَلَهُ تَعَجُّيزُهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِذَا رَأَاهُ يَسْأَلُ مَرَّةً فِي مَرَّةٍ ، عَجَّزَهُ ، كَمَا إِذَا حَلَّ نَجْمٌ فِي نَجْمٍ ، عَجَّزَهُ . فَاعْتَبَرِ الْمُخَالَفَةَ فِي مَرَّتَيْنِ كَحُلُولِ ^(١٥) نَجْمَيْنِ . وَإِنَّمَا صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . وَلَئِنْ لَهُ فِي هَذَا فَائِدَةٌ وَغَرَضًا صَحِيحًا ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ كَلًّا عَلَى النَّاسِ ، وَلَا يُطْعِمَهُ مِنْ صَدَقَتِهِمْ وَأَوْسَاحِهِمْ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْمُكَاتَّبِ سَهْمًا مِنَ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾ ^(١٦) . / وَهُمْ الْمُكَاتَّبُونَ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ تَرْكِ ^(١٧) ط ٢٢٣/١١

١٩٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)

وهذا قول الحسن ، ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأبي

(١٢) في الأصل : « تخليصه » .

(١٣) في الأصل : « يشرط » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في الأصل : « والحكم » .

(١٦) سورة التوبة ٦٠ .

(١٧) سقط من : الأصل .

يوسف . وقال الحسن بن صالح : له ذلك ؛ لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع . ولنا ، قول النبي ﷺ : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ عَاهِرٌ » ^(١) . ولأن على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز ، فيرجع إليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدى المهر والتفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نكاحه ، فيمنع من ذلك ، كالتبرع به . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا تزوج ، لم يصح تزويجه . وقال الثوري : نكاحه موقوف ، إن أدى ، تبيننا ، أنه كان صحيحاً ، وإن عجز ، فنكاحه باطل . ولنا ، الخبر ، ولأنه تصرف منع ^(٢) منه للضرر ، فلم يصح ، كالهبة ، وما ذكره لأصل له . فإذا ثبت هذا ، فإنه يفرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ، وإن كان بعده ، فعليه مهر مثلها ، يؤدى من كسبه ؛ لأنه بمنزلة جنايته . وإن أتت بولد ، لحقه نسبه ؛ لأنه من وطء في نكاح فاسد ، فإن كانت المرأة حرة ، فهو حر ، وإن كانت أمة ، فولد هارقيق لسيدها . فأما إن أذن له ^(٣) سيده في النكاح ، صح منه . في قولهم جميعاً ؛ فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه ، إذا أذن له ^(٤) ، ولأن المنع من نكاحه لحق سيده ، فإذا أذن له ، زال المانع ، ولأنه لو أذن لعبده القن في النكاح ، صح منه ، فالمكاتب أولى .

فصل : وليس له التسرّي بغير إذن سيده ؛ لأن ^(٥) ملكه غير تام . وقال الزهري : لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسرّي . ولنا ، أن ملكه ناقص ، وعلى السيد فيه ضرر ، فيمنع منه ، كالتزويج . ويبان الضرر فيه ؛ أنه ربما أحبها ، والحبل مخوف في بنات آدم ، وربما تلفت ، وربما ولدت ، فصارت أم ولد ، فيمنع ^(٥) عليه بيعها في أداء كتابته ^(٦) ، وإن عجز ^(٧) ، رجعت / إلى السيد ناقصة ، فإذا منع من التزويج لضرره ، فهذا أولى . ٢٢٤/١١ و

(١) تقدم تخريجه ، في : ٤٣٦/٩ .

(٢) في الأصل : « يمنع » .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤) في م : « لأنه » .

(٥) في الأصل : « فيمنع » .

(٦) في م : « كتابتها » .

(٧) في م : « عجزت » .

فَأَمَّا إِنْ أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّسَرُّي ، جازله . وقال الشافعي : لا يجوز له ذلك ، وإن أَدِنَ له ^(٨) فيه سَيِّدُهُ . في أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يُضَرُّ بِهِ ، وَرَبِّمَا أَفْضَى إِلَى مَنْعِهِ مِنَ الْعَتَقِ ، فَلَمْ يَجْزُ وَإِنْ أَدِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، وَلَأَنَّهُ نَاقِصُ الْمَلِكِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ التَّسَرُّي ، كَوَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ أَدِنَ لَعَبْدِهِ الْقِنِّ فِي التَّسَرُّي ، جازَ ، فَالْمُكَاتِبُ أَوْلَى ، وَلَأَنَّ الْمَنْعَ كَانَ لِأَجْلِ الضَّرَرِ بِالسَّيِّدِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ^(٩) ، كَالْتَزْوِيجِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا تَسَرَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا حَادَّ عَلَيْهِ ؛ لِشُبْهَةِ الْمَلِكِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوَجَبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْإِنْسَانِ شَيْءٌ لِنَفْسِهِ . وَإِنْ حَبِلَتْ ، فَالنَّسَبُ لَاحِقٌ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ إِذَا سَقَطَ بِالشُّبْهَةِ ، لَحِقَهُ النَّسَبُ ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أُمِّهِ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَلَكَهَ غَيْرُ تَامٍّ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ ، وَيَكُونُ مَوْفُوعًا عَلَى كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ لِأَبِيهِ الْحُرِّ ، وَإِنْ عَجَزَ ، وَعَادَ إِلَى الرَّقِّ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ أَيْضًا ، وَيَكُونَانِ مَمْلُوكَيْنِ لِلْسَّيِّدِ . فَأَمَّا الْأُمَةُ ، فَإِنْ وَلَدَتْ قَبْلَ عَتَقِهِ وَعَجَزَهُ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلْمُكَاتِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا لَهُ حُرْمَةُ الْحُرِّيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَيَعْتَقُ بَعْتَقُ أَبِيهِ ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَتَكُونُ مَوْفُوعَةً مَعَ ^(١٠) الْمُكَاتِبِ ، إِنْ عَتَقَ ، فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٍ ^(١١) ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّتْ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ بِحَالٍ ، وَلَهُ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّهَا حَمَلَتْ بِمَمْلُوكٍ ، فِي مَلِكٍ غَيْرِ تَامٍّ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ عَتَقِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهَا حَمَلَتْ بِهِ فِي حَالِ رِقِّهِ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، حَكَمْنَا أَنَّهَا حَمَلَتْهُ حُرًّا ؛ لِأَنَّنَا لَمْ نَتَيَقَّنْ وُجُودَهُ فِي حَالِ / الرَّقِّ ، وَتَكُونُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِحُرٍّ فِي ٢٢٤/١١ ظ

مَلِكِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ مِنَ التَّفْصِيلِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه ، بغير إذن سيده . وهذا قول الشافعي ، وابن المنذر . وذكر عن مالك أن له ذلك ، إذا كان على وجه النظر ؛ لأنه عقد

(٨) سقط من : م ، ١ .

(٩) في م : « تأديبه » .

(١٠) في ب : م ، « على » .

(١١) في ١ ، م : « ولده » .

على مَنفَعَةٍ ، فَمَلَكَه ، كإِجَارَةٍ . ^(١٢) وهو الذى قاله أبو الحَطَّاب ، فى « رُءُوس المسائل » ^(١٣) . وحكى عن القاضى ، أَنَّهُ قال فى « الخِصَالِ » : له تَزْوِيجُ الأَمَةِ ذَوْنُ العَبْدِ . وهو قولُ أبى حنيفة ؛ لأنَّهُ يأخذُ عَوَضًا عن تَزْوِيجِها ، بِخِلافِ العَبْدِ ، ولأنَّهُ عَقْدٌ ^(١٤) على مَنافعِها ، فَأَشْبَهَ إِجَارَتِها . ولنا ، أَنَّ على السَّيِّدِ فيه ضَرَرًا ؛ لأنَّهُ إِنْ زَوَّجَ ^(١٥) العَبْدَ ، لَزِمَتْهُ نَفَقَةُ أَمْرَأَتِهِ وَمَهْرُها ، وشَغَلَهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ ، ونَقَصَ قِيَمَتَهُ ، وإن زَوَّجَ ^(١٦) الأَمَةَ ، مَلَكَ الزَّوْجُ بَعْضَها ، ونَقَصَتْ قِيَمَتُها ، وَقَلَّتِ الرِّغَبَاتُ فيها ، وربما امْتَنَعَ بَيْعُها بِالْكُلِّيَّةِ ، وليس ذلك من جِهاتِ المَكاسِبِ ^(١٧) ، فربَّما أَعَجَزَهُ ^(١٨) ذلك عن أَدَاءِ نُجُومِهِ ، وإن عَجَزَ ، عادَ رَقِيقًا للسَّيِّدِ ، مع ما تَعَلَّقَ بِهِم مِنَ الحُقُوقِ ، وَلَحِقَهُم مِنَ النِّقْصِ ، فلم يَجْزِ ذلك له ، كإِعتاقِهِم ، وفارَقَ إِجَارَةَ الدَّارِ ، فَإِنَّها من جِهاتِ المَكاسِبِ عَادَةٌ . فعلى هذا ، إِنْ وَجَبَ تَزْوِيجُهُم ، لَطَلَبَهُم ذلك ، وَحَاجَّتِهِمْ إِلَيْهِ ، باعَهُم ؛ فَإِنَّ العَبْدَ متى طَلَبَ التَّزْوِيجَ ، خَيْرٌ سَيِّدُهُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَتَزْوِيجِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ ^(١٩) السَّيِّدُ فى ذلك ، جاز ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ ، وَالْمَنَعُ مِنْ أَجْلِهِ ، فجاز بِإِذْنِهِ .

فصل : وليس له إِعتاقُ رَقِيقِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وبهذا قال الحَسَنُ ، والأَوْزَاعِيُّ ، ومالِكٌ ، والشافِعِيُّ ، وأبو حنيفة ؛ لِأَنَّ فيه ضَرَرًا على سَيِّدِهِ ، بِتَفْوِيتِ مالِهِ فيما لا يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مالٌ ، فَأَشْبَهَ الهِبَةَ . فَإِنْ أَعْتَقَ ، لم يَصِحَّ إِعتاقُهُ . وَيَخْرُجُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَقِفَ على إِذْنِ سَيِّدِهِ . وقال أبو بَكْرٍ : هو مَوْقُوفٌ على آخِرِ أَمْرِ المُكَاتِبِ ؛ فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ مُعْتَقَهُ ، وَإِنْ لم يُؤَدِّ ، رَقَّ . قال القاضى : هذا قياسُ المذهبِ ، كَقَوْلِنَا فى ذَوَى الأَرْحامِ ، إِنَّهُمْ مَوْقُوفُونَ . ولنا ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكان باطلاً ، كَالِهِبَةِ ، ولأنَّهُ تَصَرُّفٌ / ٢٢٥/١١
تَصَرُّفًا مَنَعَ مِنْهُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَكان باطلاً ، كَسائِرِ ما مَنَعَ ^(٢٠) مِنْهُ . ولا يَصِحُّ قِياسُهُ على

(١٢-١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٣) فى م زيادة : « ذمة » .

(١٤-١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) فى ا ، م : « المكاتب » . تحريف .

(١٦) فى م : « عجزه » .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٨) فى م : « يمنع » .

ذَوِي أَرْحَامِهِ^(١٩) ؛ لِأَنَّ عِتْقَ ذَوِي أَرْحَامِهِ ، لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُهُمُ الشَّرْعُ عَلَى مَالِكِهِمْ بِمِلْكِهِمْ ، وَالْمُكَاتَّبُ مِلْكُهُ نَاقِصٌ ، فَلَمْ يَعْتَقُوا^(٢٠) بِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ ، كَمَلَ مِلْكُهُ ، فَعَتَقُوا حِينَئِذٍ ، وَالْمُعْتَقُ إِنَّمَا يَعْتَقُ بِالْإِعْتَاقِ الَّذِي كَانَ بَاطِلًا ، فَلَا تُثَبِّتُ صِحَّتُهُ إِذَا كَمَلَ الْمِلْكُ ؛^(٢١) لِأَنَّ كَمَالَ الْمِلْكِ^(٢٢) فِي الثَّانِي ، لَا يُوجِبُ كَوْنَهُ كَامِلًا حِينَ الْإِعْتَاقِ ، وَلِذَلِكَ^(٢٣) لَا يَصِحُّ سَائِرُ تَبَرُّعَاتِهِ بِأَدَائِهِ . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، صَحَّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَهُ بِمَالِهِ يُفَوِّتُ^(٢٤) الْمَقْصُودَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ الَّذِي هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ فِيهِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَجُوزُ تَفْوِيتُهُ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْفَكُ مِنَ الْوَلَاءِ ،^(٢٥) وَالْعَبْدُ لَيْسَ^(٢٦) مِنْ أَهْلِهِ ، وَلِأَنَّ مِلْكَ الْمُكَاتَّبِ نَاقِصٌ ، وَالسَّيِّدُ لَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَ مَا فِي يَدِهِ ، وَلَا هَبَّتَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِذْنُهُ^(٢٧) فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى التَّبَرُّعِ بِهِ ، جَازَ ، كَالرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالنِّكَاحِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ^(٢٨) ^(٢٩) وَلَا يَمْلِكُهُ السَّيِّدُ^(٣٠) عَلَيْهِ ، وَإِذَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، جَازَ . وَأَمَّا الْوَلَاءُ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَوْفُوفًا ، فَإِنْ عَتَقَ الْمُكَاتَّبُ ، كَانَ لَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ،^(٣١) كَمَا يَرِيقُ مَمَالِكُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَكُونُ لِسَيِّدِهِ^(٣٢) ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ إِنَّمَا صَحَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ كَالنَّائِبِ^(٣٣) لَهُ .

فصل : والمُكَاتَّبُ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ اسْتِهْلَاكُهُ ، وَلَا هَبَّتُهُ . وَهَذَا قَوْلُ

(١٩) فِي ب : « الْأَرْحَامِ » .

(٢٠) فِي م : « يَعْتَقُ » .

(٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٢) فِي أ ، ب ، م : « وَكَذَلِكَ » .

(٢٣) فِي ب ، م : « يَفُوقُ » .

(٢٤-٢٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « وَلَيْسَ » .

(٢٥) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٢٦) فِي أ ، م : « يَمْلِكُ » .

(٢٧-٢٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٨-٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

(٢٩) فِي أ ، م زِيَادَةٌ : « الْقَاضِي » .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « كَالنَّائِبِ » .

الحسن، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا أعلم فيه مخالفاً؛ لأنَّ حقَّ سيِّده لم يَنْقَطِعْ عنه، لأنَّه قد يَعْجُزُ، فَيَعُودُ إليه، ولأنَّ القَصْدَ من الكِتَابَةِ تَحْصِيلُ الْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ، وَهَبُهُ مَالَهُ تَقَوُّتُ ذَلِكَ. وإنَّ أَذْنَ فِيهِ سَيِّدُهُ، جاز. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأنَّه يُقَوُّتُ الْمَقْصُودُ بِالْكِتَابَةِ. وعن الشافعي فيه ^(٣١) كَالْمَذْهَبَيْنِ. ولنا، أنَّ الْحَقَّ لا يَخْرُجُ عَنْهُمَا، فجاز بائْتِفَاقَهُمَا، كالرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ. فَأَمَّا الْهَبَةُ بِالثَّوَابِ، / فلا تَصِحُّ. وقال الشافعي، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ: تَصِحُّ؛ لأنَّ فِيهَا مَعَاوِضَةٌ. ولنا، أنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي تَقْدِيرِ الثَّوَابِ، يُوجِبُ الْعَرَّ فِيهَا، وَلأنَّ عَوَضَهَا يَتَأَخَّرُ، فَتَكُونُ كَالْبَيْعِ نَسِئَةً. وإنَّ أَذْنَ فِيهَا السَّيِّدُ، جازت. وإنَّ وَهَبَ لِسَيِّدِهِ، جاز؛ لأنَّ قَبُولَهُ الْهَبَةَ إِذْنَ فِيهَا. وكذلك إنَّ وَهَبَ لَابْنِ سَيِّدِهِ الصَّغِيرِ.

فصل: ولا يُحَاطَى فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ، وَلَا يُعِيرُ دَابَّةً ^(٣٢)، وَلَا يُهْدِي هَدِيَّةً. وأجاز ذلك أصحابُ الرَّأْيِ. وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ إِعَارَةِ دَابَّتِهِ، وَهَدِيَّةِ الْمَأْكُولِ، ودَعَائِهِ إِلَيْهِ؛ لأنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لِلْمَأْذُونِ لَهُ، وَلَا يَنْحَطُّ الْمُكَاتَّبُ عَنْ دَرَجَتِهِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَالْهَبَةِ، وَلَا يُوصَى بِمَالِهِ، وَلَا يَحْطُّ عَنْ الْمُشْتَرَى شَيْئاً، وَلَا يُقْرَضُ، وَلَا يَضْمَنُ، وَلَا يَتَكَفَّلُ بِأَحَدٍ. وبه قال الشافعي، وأصحابُ الرَّأْيِ؛ لأنَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ ^(٣٣)، فَمُنْعٌ مِنْهُ، كَالْهَبَةِ.

فصل: وليس له أَنْ يَحُجَّ إِنْ اِحْتِاجَ إِلَى إِئْتِفَاقِ مَالِهِ فِيهِ. وَنَقَلَ الْمِثْمُونِيُّ، عَنْ أَحْمَدَ، لِلْمُكَاتَّبِ أَنْ يَحُجَّ مِنَ الْمَالِ الَّذِي جَمَعَهُ، إِذَا لَمْ يَأْتِ نَجْمُهُ. وَهَذَا مُحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ يَحُجُّ بِأَذْنِ سَيِّدِهِ، أَمَّا بغيرِ إِذْنِهِ، فلا يجوز؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بِمَا يَنْفِقُ مَالَهُ ^(٣٤) فِيهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَالْعِتْقِ. فَأَمَّا إِنْ أَمَكَّنَهُ الْحُجَّ مِنْ غَيْرِ إِئْتِفَاقِ مَالِهِ، كَالَّذِي يَتَبَرَّعُ ^(٣٥) لَهُ ^(٣٦) إِنْسَانٌ

(٣١) سقط من: الأصل، أ.

(٣٢) في الأصل، أ: «دابته».

(٣٣) سقط من: ب.

(٣٤) في أ، م: «مالا».

(٣٥) في م: «تبرع».

(٣٦) سقط من: م.

بإحجاجه ، أو يخدم من يُنفق عليه ، فيجوز إذا لم يأت نَجْمُه ؛ لأنَّ هذا يجري مجرى تركه للكسب ، وليس ذلك مما يُمنع منه .

فصل : وليس للمكاتب أن يكتب إلا بإذن سيده . وهو ^(٣٧) قول الحسن ، والشافعي ؛ لأنَّ الكتابة نوعٌ إعتاق ، فلم تجز من المكاتب ، كالمُنَجَّر ، ولأنَّه لا يملك الإعتاق ، فلم يملك الكتابة ، كما أُذِن ^(٣٨) له في التجارة ^(٣٨) . واختار القاضي جواز الكتابة . وهو الذي ^(٣٩) ذكره أبو الخطَّاب ، في « رُؤوس المسائل » . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي ؛ لأنَّه نوعٌ معاوضة ، فأشبهه البَيْع / . وقال أبو بكر : ٢٢٦/١١ و هو موقوفٌ - كقولهِ في العتق المُنَجَّر - فإن أُذِنَ فيها ^(٣٩) السيّد ، صحَّت . وقال الشافعي : فيها قولان . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدَّم . فإذا كاتب عبده ، فعجزاً جميعاً ، صار رقيقين للسيّد . وإن أدّى المكاتب الأوّل ، ثم أدّى الثاني ، فولاء كل واحد منهما لمكاتبه . وإن أدّى الأوّل ، وعجز الثاني ، صار رقيقاً للأوّل . وإن عجز الأوّل ، وأدّى الثاني ، فولاءه للسيّد الأوّل . وإن أدّى الثاني قبل عتق الأوّل ، عتق . قال أبو بكر : وولاه للسيّد . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنَّ العتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يُوقف ؛ لأنَّه سببٌ يورث به ، فهو كالنَّسب ، ولأنَّ الميراث لا يقف ، كذلك سببه . وقال القاضي : هو موقوفٌ ؛ إن أدّى عتق ، والولاء له ، وإلا فهو للسيّد . وهذا ^(٤٠) أحد قولَي الشافعي ؛ لقول النَّبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٤١) . ولأنَّ العبد ليس بملك له ، ولا يجوز أن يثبت له الولاء على مَنْ لم يعتق في ملكه . وقولهم : لا يجوز أن يقف ، كما لم يقف النَّسب والميراث . فليس كذلك ؛ فإنَّ النَّسب يقف على بُلُوغِ العلام ، وانْتِسَابِهِ إذا لم تُلحَقه القافة بأحد الواطئين ، وكذلك الميراث يُوقف ، على أنَّ الفرق بين النَّسب

(٣٧) في ١ ، م : « وهذا » .

(٣٨-٣٨) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) في ب : « وهو » .

(٤١) تقدم تخريجه ، في : ٣٢٦/٦ .

والهَبِثَاتِ ، وَبَيْنَ الْوَلَاءِ ، أَنَّ الْوَلَاءَ^(٤٢) يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ لِشَخْصٍ ، ثُمَّ يَنْتَقِلَ ، وَهُوَ مَا يَجْرُهُ مَوْلَى^(٤٣) الْأَبِ مِنْ مَوْلَى الْأُمِّ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا ، وَالنَّسَبُ وَالْهَبِثَاتُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَإِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ عِتْقِ الْمُكَاتِبِ ، وَقُلْنَا : الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ . وَرِثَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ مَوْقُوفٌ . فَمِيرَاثُهُ أَيْضًا مَوْقُوفٌ .

فصل : وليس له أن يبيع نسيئته ، وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن فيه تغريباً بالمال ، وهو ممنوع من التغريب بالمال ، لتعلق حق السيد به . قال القاضي : ويتخرج الجواز ، بناءً على المضارب^(٤٤) أن له البيع نسيئة . في إحدى الروايتين ، فيخرج ههنا مثله . وسواء أخذ بالثمن ضميناً ، أو رهناً ، أو لم يأخذ ؛ لأن الغرر لم يزل ، فإن الرهن يحتمل أن يثلف ، ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين ؛ لأن الوثيقة قد حصلت به ، والعوارض نادرة ، على خلاف الأصل . فإن باع بأكثر مما يساوي حالاً ، وجعل الزيادة موجلة ، جاز ؛ لأن الزيادة ربح . وإن اشترى نسيئة ، جاز ؛ لأنه لا غرر فيه . ولا يجوز أن يدفع به رهناً ؛ لأن الرهن أمانة ، وقد يثلف ، أو يجحده الغريم . وليس له أن يدفع ماله سلفاً ؛ لأنه في معنى البيع نسيئة . وله أن يستسلف في ذمته ؛ لأنه في معنى الشراء نسيئة . وليس له أن يقرض ؛ لأنه تبرع بالمال ، وفيه خطر به . وله أن يقرض ؛ لأنه ينتفع بالمال . وليس له أن يدفع ماله مضاربة ؛ لأنه يسلمه إلى غيره ، فيعزر به . وله أن يأخذ المال قراضاً ؛ لأنه من أنواع الكسب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله ، على ما ذكرنا .

فصل : وللمكاتب أن يبيع ويشتري . بإجماع من أهل العلم ؛ لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالكسب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فإنه قد جاء في بعض الآثار ، أن تسعة أعشار الرزق في التجارة^(٤٥) . وله أن يأخذ ويعطي ، فيما فيه الصلاح لماله ، والتوفير عليه . وله

(٤٢) في م زيادة : « لا » .

(٤٣) في م : « مولى » .

(٤٤) في م : « الضارب » .

(٤٥) ذكره السيوطي ، في الجامع الكبير ٤٧١/١ .

أَنْ يُنْفَقَ مِمَّا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ عَلَى نَفْسِهِ ؛ فِي مَأْكَلِهِ ، وَمَشْرَبِهِ ، وَكِسْوَتِهِ ، بِالْمَعْرُوفِ مِمَّا لَا غِنَى^(٤٦) لَهُ عَنْهُ^(٤٧) ، وَعَلَى رَقِيقِهِ ، وَالْحَيَوَانِ الَّذِي لَهُ . وَلَهُ تَأْدِيبُ عَبِيدِهِ ، وَنَعْرِيزُهُمْ ، إِذَا فَعَلُوا مَا يَسْتَحِقُّونَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مَلِكِهِ ، فَمَلِكُهُ ، كَالْتَّفَقَةِ عَلَيْهِمْ . وَلَا يَمْلِكُ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ وَلَايَةٍ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا . وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، وَالْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ شِرَاءٍ ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي لِلشَّقْصِ سَيِّدَهُ ، فَلَهُ^(٤٨) أَخْذُهُ مِنْهُ^(٤٩) ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ شَقْصًا لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَرِكَةٌ ، فَلَهُ / أَخْذُهُ مِنْ ٢٢٧/١١
 الْمُكَاتِبِ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي بَابِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ وَجِبَتْ لِلْسَيِّدِ عَلَى مُكَاتِبِهِ شَفْعَةٌ ، فَادْعَى الْمُكَاتِبُ أَنَّ سَيِّدَهُ عَفَا عَنْهَا ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ أَنْكَرَهُ السَيِّدُ ، كَانَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ . وَإِنْ أَذِنَ السَيِّدُ لِمُكَاتِبِهِ فِي الْبَيْعِ بِالمُحَابَاةِ ، صَحَّ مِنْهُ ، وَكَانَ لِسَيِّدِهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِالمُحَابَاةِ ، مَعَ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِيهِ ، صَحِيحٌ . وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمُكَاتِبِ بِالْبَيْعِ ، وَالشِّرَاءِ ، وَالْعَيْبِ ، وَالذِّينِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِذَلِكَ ، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا ، مَلَكَ^(٤٩) الْإِقْرَارَ بِهِ .

١٩٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَبِيعُهُ سَيِّدُهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الرِّبَا يَجْرِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ^(١) ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا رِبَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ فِي الْأَظْهَرِ مِنْ^(٢) قَوْلِهِ ، وَلَا رِبَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ ، وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُعْجَلَ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضُ كِتَابَتِهِ ، وَلَهُ وَطْءُ مُكَاتِبَتِهِ إِذَا شَرَطَ ، وَلَوْ حَمَلَتْ مِنْهُ صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٍ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : أَنَّ السَيِّدَ مَعَ مُكَاتِبِهِ فِي بَابِ الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ ؛ بِدَلِيلِ أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّفْعَةُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَا

(٤٦) فِي م : « غَنَاء » .

(٤٧) فِي ١ : « عَلَيْهِ » .

(٤٨-٤٩) فِي ب : « أَنْ يَأْخُذَ » .

(٤٩) فِي ب ، م : « فَلَهُ » .

(١) فِي م : « وَبَيْنَ سَيِّدِهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

يَمْلِكُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ فِيمَا بِيَدِ^(٣) صَاحِبِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ لِسَيِّدِهِ حَقٌّ فِي مَا بِيَدِهِ ؛ لَكَوْنِهِ بَعَرَضِيَّةً أَنْ يَعْجَزَ^(٤) ، فَيَعُودَ إِلَيْهِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ جَرَيَانَ الرَّبَا بَيْنَهُمَا ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ . فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِيمَا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، وَلَا النِّسَاءُ فِي مَا يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجَانِبِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ دَيْنٌ ، مِثْلُ أَنْ كَانَ لِلْسَيِّدِ عَلَى الْمُكَاتِبِ دَيْنٌ مِنَ الْكِتَابَةِ أَوْ مِنْ^(٥) غَيْرِهَا ، وَلِلْمُكَاتِبِ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ ، وَكَانَا نَقْدًا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، حَالِيَيْنَ ، أَوْ مُوَجَّلَيْنِ أَجَلًا وَاحِدًا ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَسَاقَطَا بَيْنَ الْأَجَانِبِ ، ظ ٢٢٧/١١ فَمَعَ السَيِّدُ وَمُكَاتِبُهُ / أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ نَقْدًا^(٦) مِنْ جِنْسَيْنِ ، كَدَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَوْ كَانَ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، وَلِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِائَةُ دِينَارٍ ، فَجَعَلَهَا قِصَاصًا بَهَا ، جَازَ ، بِخِلَافِ الْحَرَّتَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ بَدِينٍ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ^(٧) . وَلِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْنَ الْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، كَسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَفَارَقَ الْعَبْدَ الْقِنَ ؛ فَإِنَّهُ بَاقٍ فِي تَصَرُّفِ سَيِّدِهِ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ خَالِصٌ لِسَيِّدِهِ ، لَهُ اخْذُهُ ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ . فَعَلَى هَذَا ، لَا يَجُوزُ مَعَ التَّرَاضِي بِهِ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ^(٥) أَبِي مُوسَى : يَجُوزُ إِذَا تَرَاضَيَا بِذَلِكَ^(٨) ، وَتَبَايَعَا ، وَلَا يَثْبُتُ التَّقَاصُ^(٩) قَبْلَ تَرَاضِيهِمَا بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ^(١٠) عَرْضَيْنِ ، أَوْ عَرْضًا وَنَقْدًا ، لَمْ

(٣) فِي م : « يَدِ » .

(٤) فِي ب ، م : « يَعْجِزُهُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي ب ، م : « نَقْدَيْنِ » .

(٧) انْظُرْ : تَلْخِصُ الْحَبِيرِ ٢٧/٣ . وَانْظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي تَخْرِيجِ حَدِيثِ : « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ » ، فِي : ١٠٦/٦ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩) فِي ب ، م : « التَّقَابُضُ » .

(١٠) فِي ب ، م : « كَانَ » .

تَجْزِ الْمُقَاصَّةُ^(١١) فِيهِمَا بغيرِ تَرَاضِيهِمَا بِحَالٍ ، سَوَاءٌ كَانَ الْعَرَضُ^(١٢) مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرِ جِنْسِيهِ . وَإِنْ تَرَاضِيَا بِذَلِكَ ، لَمْ يَجْزِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخِرِ حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخِرِ عَوَضًا عَنْ مَالِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، جَازٌ ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّابِتُ فِي الذِّمَّةِ عَنْ سَلَمٍ ، فَإِنْ كَانَ^(١٣) ثَبَتَ عَنْ سَلَمٍ ، لَمْ يَجْزِ أَخْذُ عَوَضِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَفِي الْجُمْلَةِ إِنَّ حُكْمَ الْمُكَاتَبِ مَعَ سَيِّدِهِ فِي هَذَا ، حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَطَأَ مُكَاتَبَتَهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ)

الكلامُ في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في وطئها بغير شرطٍ ، وهو حَرَامٌ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقِيلَ : لَهُ وَطُوءُهَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي لَا يَشْتَغُلُهَا الْوَطْءُ عَنْ السَّعْيِ عَمَّا هِيَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ يَمِينُهُ ، فَتَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ أَزَالِ مِلْكٍ اسْتَحْدَامُهَا ، وَمِلْكٌ عَوَضٍ مَنْفَعَةٍ بُضْعِهَا فِيمَا إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ ، فَأَزَالَ حِلَّ وَطْئِهَا ، كَالْبَيْعِ ، وَالْآيَةُ مَحْصُوصَةٌ بِالْمُزَوَّجَةِ ، فَتَقِيسُ عَلَيْهَا مَحَلُّ النِّزَاعِ ، وَلَأَنَّ الْمِلْكَ هُنَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ عَنْ مَنْافِعِهَا جُمْلَةً ، وَلِهَذَا الْوُطْءُ لَمْ يَشَبْهُهُ ، كَانَ الْمَهْرُهَا ، وَتَفَارِقُ أُمُّ الْوَلَدِ ؛ فَإِنَّ مِلْكَهُ بَاقٍ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِمَوْتِهِ ، فَأَشَبَّهَتْ الْمُدَبَّرَةَ وَالْمُوصَى بِهَا ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْعِتْقَ بِمَوْتِهِ اسْتِحْقَاقًا لَازِمًا ، لَا يُمَكِّنُ زَوَالَهُ .

الفصل الثاني : إِذَا اشْتَرَطَ وَطْأَهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ . وَقَالَ سَائِرُ مَنْ ذَكَرْنَا : لَيْسَ لَهُ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مَعَ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالشَّرْطِ ، كَالْوَلَدِ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْمُقَاصَّةُ » .

(١٢) فِي ب ، م : « الْفَرْضُ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(١) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٦ .

زَوْجَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا . وقال (٢) الشافعي : إذا شَرَطَ ذلك في عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فاسِدًا ، فَافْسَدَ الْعَقْدَ ، كَمَا لو شَرَطَ عَوْضًا فاسِدًا . وقال مالك : لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخِلُّ بِرُكْنِ الْعَقْدِ ، وَلَا شَرَطُهُ ، فَلَمْ يَفْسُدْ (٣) ، كَالصَّحِيحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » (٤) . وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لَهُ شَرَطُ تَفْعِيلِهَا ، فَصَحَّ ، كَشَرَطِ اسْتِخْدَامِهَا ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، وَوُجُودِ الْمُقْتَضَى لِحِلِّ وَطْئِهَا ، إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّقِهَا ، فَإِذَا اشْتَرَطَهُ (٥) عَلَيْهَا ، جَازَ ، كَالْخِدْمَةِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَشْنَى بَعْضَ مَا كَانَ لَهُ ، فَصَحَّ ، كَاشْتِرَاطِ الْخِدْمَةِ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ مِلْكَهُ عَنْهَا .

فصل : فَإِنْ وَطِئَهَا مَعَ الشَّرْطِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا تَعْزِيرَ ، وَلَا مَهْرَ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ يَمْلِكُهُ ، وَيُبَاحُ لَهُ ، فَأَشْبَهَ وَطْئَهَا قَبْلَ كِتَابَتِهَا . وَإِنْ وَطِئَهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا عَنْ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ؛ / فَإِنَّهُمَا قَالَا : عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَيْهَا عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، فَأَوْجَبَ الْحَدَّ بِوَطْئِهَا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، فَلَمْ يَجِبِ الْحَدُّ بِوَطْئِهَا ، كَأَمْتِهِ الْمُسْتَأْجِرَةِ وَالْمَرْهُونَةِ ، وَتُخَالِفُ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهُ يُزِيلُ الْمِلْكَ ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُزِيلُهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » (٦) . وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا لَهَا (٧) ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهَا الْمَمْنُوعُ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، فَكَانَ عَلَيْهِ عَوْضُهَا ، كَمَنَافِعِ بَدَنِهَا .

فصل : وَإِنْ أَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ ، سَوَاءً وَطِئَهَا بِشَرْطٍ أَوْ بِغَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَتْ أُمٌّ وَلَدَهُ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتَبَةِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدَهُ مِنْ مَمْلُوكَتِهِ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُهُ لِدَلَالَتِهِ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ وَطْئٍ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشَّبَهَةِ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ

(٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : « عَقِيلٌ وَ » .

(٣) فِي ١ ، ب ، م : « يَفْسُدُهُ » .

(٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٣٠ / ٦ .

(٥) فِي م : « شَرَطُهُ » .

(٦) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٢٤ / ٩ ، ١٢٥ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المَعْرُورِ ، وَلَا تَلْزِمُهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ .

فصل : وليس له وطءٌ بِنْتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِأُمِّهَا مَوْقُوفَةٌ مَعَهَا ، فَلَمْ يُبَحَّ وَطُوعًا كَأُمِّهَا ، وَلَا يُبَاحُ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْكِتَابَةِ يَثْبُتُ ^(٨) فِيهَا تَبَعًا ، وَلَمْ يَكُنْ وَطُوعًا مُبَاحًا حَالَ الْعَقْدِ بِشَرْطِهِ . فَإِنْ وَطِئَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ ^(٩) لِأَنَّهَا مِلْكُهَا ^(٩) ، وَيَأْتِي ، وَيُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فَرْجًا مُحَرَّمًا ، وَلَهَا الْمَهْرُ ^(١٠) ، حُكْمُهُ حُكْمُ كَسْبِهَا ، يَكُونُ لِأُمِّهَا تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ سَبَبُ خُرَيْتِهَا . وَإِنْ أَحْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدَ لَهُ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا ؛ لِأَنَّ أُمًّا لَا تَمْلِكُهَا ، وَلَا قِيمَةً وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ .

فصل : وليس له وطءٌ جاريةً مُكَاتَّبَتِهِ وَلَا مُكَاتَّبَتِهِ اتِّفَاقًا ، فَإِنْ فَعَلَ أَثِمَ ، وَعُزِّرَ ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِشَبْهِهِ الْمَلِكِ ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ مَالَكُهَا ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا لِسَيِّدِهَا ، وَوَلَدُهُ مِنْهَا حُرٌّ ، يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ سَقَطَ لِشَبْهِهِ الْمَلِكِ ، وَتَصِيرُ أُمًّا وَلَدَ لَهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا بِوَطْئِهِ عَنْ مِلْكِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا ^(١١) ، / وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَلْزِمَهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ بِوَطْئِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهَا ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْمَعْرُورِ .

فصل : وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ مُكَاتَّبَتِهِ وَلَا ابْنَتِهَا وَلَا أَمَتِهَا عَلَى التَّرْوِيجِ ؛ لِأَنَّهُ زَالِ مِلْكُهُ بَعْقِدِ الْكِتَابَةِ عَنْ نَفْعِهَا ، وَنَفْعُ بُضْعِهَا ، وَعَنْ عَوَضِهِ . وَلَيْسَ لَوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا التَّرْوِيجُ ^(١٢) بغيرِ إِذْنِهِ ^(١٣) ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لِلزَّوْجِ حَقًّا فِيهَا ، فَرُبَّمَا عَجَزَتْ ، وَعَادَتْ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَمْلِكُ وَطْأَهَا . فَإِنْ تَرَاضَيَا بِذَلِكَ ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَهُوَ

(٨) فِي م : « ثَبَت » .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل ، ١ ، ب .

(١٠) فِي م : « مَهْرٌ عَلَيْهِ » .

(١١) فِي ب ، م : « لِسَيِّدِهِ » .

(١٢) فِي الْأَصْل ، ب : « التَّرْوِيجُ » .

(١٣) فِي ب ، م : « إِذْنٌ » .

وَلَيْتَهَا وَلِيٌّ ابْتَنَاهَا وَإِيَّتَهَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ ، فَأَشْبَهَ الْجَارِيَةَ الْقِنَّ ، وَالْمَهْرُ لِلْمُكَاتِبَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا^(١٤) فِي مَهْرِهِنَّ إِذَا وَطَّئَهُنَّ^(١٥) السَّيِّدُ .

١٩٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ وَطَّئَهَا ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، أَدَبٌ ، وَلَمْ يُلْغَ بِهِ حَدٌّ الزَّانِي ، وَكَانَ عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا)

وجملة الأمر أن السَّيِّدَ إِذَا وَطَّئَ مُكَاتِبَتَهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ عَالِمِينَ بِالتَّحْرِيمِ ، عَزَّرًا ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلِينَ ، عَزَّرًا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا وَالْآخَرُ جَاهِلًا ، عَزَّرَ الْعَالِمُ وَعَزَّرَ الْجَاهِلُ . وَلَا يَخْرُجُ بِالْوَطْءِ عَنِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : إِنْ طَاوَعْتَهُ ، فَقَدْ فُسِّحَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَتْ قِنًّا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمٌ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْمُطَاوَعَةِ عَلَى الْوَطْءِ ، كَالْإِجَارَةِ ، وَالْبَيْعِ بَعْدَ لُزُومِهِ . فَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهَا ، أَكْرَهَهَا أَوْ طَاوَعْتَهُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ قَتَادَةُ : يَجِبُ إِذَا أَكْرَهَهَا ، وَلَا يَجِبُ إِذَا طَاوَعْتَهُ . وَثَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُطَاوَعَةَ بَذَلَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَصَارَتْ كَالزَّانِيَةِ . وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ وَجُوبُهُ فِي الْحَالَيْنِ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُهُ مَا ثَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ ، وَقَالُوا : لَا يُعْرَفُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهَا . وَلَنَا ، / أَنَّهُ عَوَضٌ مَنْفَعَتُهَا ، فَوَجَبَ لَهَا ، كَعَوَضِ بَدَنِهَا ، وَلِأَنَّ الْمُكَاتِبَةَ فِي يَدِ نَفْسِهَا ، وَمَنْافِعُهَا لَهَا ، وَلِهَذَا لَوْ وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ ، كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنَّمَا وَجَبَ فِي حَالِ الْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ سَقَطَ^(١) عَنْهُ لَشُبْهِهِ الْمَلِكِ ، فَوَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ ، كَمَا لَوْ وَطَّئَ امْرَأَةً بِشُبْهِهِ عَقْدِ مُطَاوَعَةٍ . فَإِنْ تَكَرَّرَ وَطْئُهَا ، وَكَانَ قَدْ أَدَّى مَهْرَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ ، فَلِلثَّانِي مَهْرٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ قَطَعَ حُكْمَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ^(٢) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَدَّى عَنِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَنِ وَطْءِ الشَّبْهِةِ ، فَلَمْ يَكُنْ إِلَّا^(٣) مَهْرٌ وَاحِدًا^(٣) ، كَالْوَطْءِ فِي التَّكَاثُرِ .

ظ ٢٢٩/١١

(١٤) فِي ب : « ذَكَرْنَاهُ » .

(١٥) فِي م : « وَطَّئَهَا » .

(١) فِي م : « يَسْقُطُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٣-٣) فِي م : « مَهْرًا وَاحِدًا » .

فصل: وإذا وَجَبَ لها المَهْرُ ، فإن كان لم يحلَّ عليها نَجْمٌ ، فلها المُطالبةُ به^(٤) . وإن كان قد حلَّ عليها ، فكان المَهْرُ من غير جنسِه ، فلها المُطالبةُ به^(٥) أيضًا . وإن كان من جنسِه ، تَقاصًا ، وأخذ ذُو الفضلِ فضله .

١٩٩٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، فَهِيَ مُحِيرَةٌ بَيْنَ الْعَجْزِ وَتَكُونُ أُمًّا وَلَدًا ، وَبَيْنَ الْمَضِيِّ عَلَى كِتَابَتِهَا . فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ ، وَإِنْ عَجَزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ عَجْزِهَا انْعَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَيَسْقُطُ عَنْهَا مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، وَمَا^(١) فِي يَدِهَا لِرِثَّةِ سَيِّدِهَا)

وجملته أن السيد إذا استولد مكاتبته ، فالولد حر ؛ لأنه من مملوكته ، ونسبه لاحق به ؛ لذلك^(٢) ، ولا تجب قيمته ؛ لذلك ، وتصير أم ولد له ؛ لذلك ، ولا تبطل كتابتها ؛ لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق ، أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ، ومالك ، والثوري ، والليث ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الحكم : تبطل كتابتها ؛ لأنها سبب للعتق^(٣) ، فتبطل بالاستيلاء ، كالتدبير . ولنا ، أنها^(٤) عقد معاوضة ، فلا تبطل بالوطء كالبيع ، ولأنها سبب للعتق ، لا يملك السيد الرجوع عنه ، فلم تبطل بذلك ، كالتعليق بصفة ، وما ذكره^(٥) يبطل بالتعليق بالصفة ، وتفارق / الكتابة التدبير من وجوه ؛ أحدها ، أن حكم التدبير والاستيلاء واحد ، وهو العتق عقيب الموت ، والاستيلاء أقوى ؛ لأنه يعتبر من رأس المال ، ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فاستغنى به عن التدبير ، والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ، ويكون ما فضل من كسبها لها ، ويملك بها منافعتها وكسبها ، وتخرج عن

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) سقط من : ب .

(١) في الأصل بعد هذا : « بقي » .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « أنه » .

(٥) في الأصل ، م : « ذكره » .

تَصَرَّفَ سَيِّدُهَا ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالْاِسْتِيلَادِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَبْقَى لِبَقَاءِ فَائِدَتِهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ أَقْوَى مِنَ التَّدْيِيرِ ، لِلزُّوْمِهَا ، وَكَوْنِهَا لَا تَبْطُلُ بِالرُّجُوعِ عَنْهَا ، وَلَا يَبِيعُ الْمُكَاتِبُ وَلَا هَيْبَتَهُ . الثَّالِثُ ، أَنَّ التَّدْيِيرَ تَبَرُّعٌ ، وَالْكِتَابَةُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ لَزِمَ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهَا سَبَبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْتَضِي الْحُرِّيَّةَ ، فَأَيُّهُمَا تَمَّ قَبْلَ صَاحِبِهِ ، ثَبَتَتْ الْحُرِّيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ؛ لِأَنَّ انْضِمَامَ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ مَعَ كَوْنِهِ لَا يُنَافِيهِ ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ . فَإِنْ أَدَّتْ ، عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَقَ بِالْكِتَابَةِ لَهُ مَا فَضَّلَ مِنْ نُجُومِهِ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ ، بَطَلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ لَهَا حُكْمُ الْاِسْتِيلَادِ مُنْفَرِدًا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مُكَاتَبَةً ، وَلَهُ وَطُوعُهَا ، وَتَرْوِيجُهَا ، وَإِجَارَتُهَا ، وَتَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوْرَثَةِ سَيِّدِهَا . وَإِذَا^(٦) مَاتَ سَيِّدُهَا قَبْلَ عَجْزِهَا ، انْعَتَقَتْ ، لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَتَسْقُطُ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَصَلَتْ ، فَسَقَطَ الْعِوَضُ الْمَبْذُولُ فِي تَحْصِيلِهَا ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهَا سَيِّدُهَا بِالْعَتَقِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوْرَثَةِ سَيِّدِهَا . فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَأَيُّ الْحَطَّابِ ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِحُكْمِ الْاِسْتِيلَادِ^(٧) ، وَبَطَلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَتْ غَيْرَ الْمُكَاتَبَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي « كِتَابِهِ » : مَا فَضَّلَ فِي يَدِهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ إِذَا وَقَعَ فِي الْكِتَابَةِ ، لَا يُبْطِلُ حُكْمَهَا ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ نُجُومِ الْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ مِلْكَهَا كَانَ ثَابِتًا عَلَى مَا فِي يَدِهَا ، وَلَمْ يَخْدُثْ إِلَّا مَا يُرِيدُ / حَقَّ سَيِّدُهَا عَنْهَا ، فَيَقْتَضِي زَوَالَ حَقِّهِ عَنْ مَا فِي يَدِهَا ، وَتَقْرِيرَ مِلْكِهَا ، وَخُلُوصَهُ لَهَا ، كَمَا اقْتَضَى ذَلِكَ فِي نَفْسِهَا . وَهَذَا أَصَحُّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، عَتَقَتْ ، وَسَقَطَتْ كِتَابَتُهَا ، وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا . فِي قَوْلِ الْقَاضِي^(٨) وَمَنْ وَافَقَهُ^(٩) ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فِقْيَاسُهُ أَنْ يَكُونَ لِسَيِّدِهَا ، كَمَا لَوْ عَتَقَتْ بِالْاِسْتِيلَادِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى قَوْلِهِمْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَعْتَقَهَا بِرِضَاهُ ، فَيَكُونُ رِضَى مِنْهُ بِإِعْطَائِهَا مَالَهَا ، بِخِلَافِ الْعَتَقِ بِالْاِسْتِيلَادِ ، فَإِنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ رِضَى الْوَرَثَةِ وَاخْتِيَارِهِمْ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَالُ الْمُكَاتِبِ يَصِيرُ لِلْسَّيِّدِ بِإِعْتَاقِهِ ، لَتَمَكَّنَ السَّيِّدُ مِنْ

(٦) فِي ب : « وَإِنْ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « اِسْتِيلَادِ » .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَخَذَ مَالِ الْمَكَاتِبِ مَتَى شَاءَ، فَمَتَى كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي أَخْذِ مَالِهِ، إِمَّا لِكَثْرَتِهِ وَفَضْلِهِ عَنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ، وَإِمَّا لِعَرَضٍ لَهُ فِي بَعْضِ أَعْيَانِ مَالِهِ، أَعْتَقَهُ وَأَخَذَ مَالَهُ، وَهَذَا ضَرَرٌ عَلَى الْمُكَاتِبِ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ، وَلَا يَقْتَضِيهِ عَقْدُ الْكِتَابَةِ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يُشْرَعَ .

فصل: وَإِنْ أَتَتْ بَوْلَدٍ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ اسْتِيلَادِهَا، فَلَهُ حُكْمُهَا فِي الْعَتَقِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّبَبِينَ، أَيُّهُمَا سَبَقَ عَتَقَ بِهِ، كَالْأُمِّ، سَوَاءً؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا، فَيُثْبِتُ لَهُ مَا يَثْبُتُ لَهَا . وَإِنْ مَاتَتْ الْمُكَاتِبَةُ، بَقِيَ لِلْوَلَدِ سَبَبُ الْاسْتِيلَادِ وَحْدَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وَلَدِهَا، فَقَالَتْ: وَلَدْتُهُ بَعْدَ كِتَابَتِي، أَوْ بَعْدَ^(٩) وَلَادَتِي . وَقَالَ السَّيِّدُ: بَلِ قَبْلَهُ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: الْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُ الْأُمَةِ وَلَدَهَا رَقِيقًا، لِسَيِّدِهِمَا^(١٠) التَّصَرُّفُ فِيهَا^(١١)، وَهِيَ تَدَّعِي مَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . وَإِنْ زَوَّجَ مُكَاتِبَتَهُ أُمَّتَهُ، ثُمَّ بَاعَهَا مِنْهُ، وَاخْتَلَفَا فِي وَلَدِهَا، فَقَالَ السَّيِّدُ: هُوَ لِي؛ لِأَنَّهُا وَلَدَتْهُ قَبْلَ بَيْعِهَا لَكَ . وَقَالَ الْمُكَاتِبُ: بَلِ بَعْدَهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتِبِ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مِلْكِهِ، وَيَدُ الْمُكَاتِبِ عَلَيْهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ /صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ يَمِينِهِ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، وَيُفَارِقُ وَلَدَ الْمُكَاتِبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَدَّعِي مِلْكَهُ .

فصل: إِذَا كَانَتِ الْأُمَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَكَاتَبَاهَا، ثُمَّ وَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا، أَدَبَ فَوْقَ أَدَبِ الْوَاطِئِ لِمُكَاتِبَتِهِ الْخَالِصَةِ لَهُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ هُنَا حَرَمٌ مِنْ وَجْهَيْنِ؛ الشَّرْكَةُ، وَالْكِتَابَةُ، فَهُوَ آكَدُ، وَإِثْمُهُ أَعْظَمُ، وَأَدْبُهُ أَكْثَرُ، وَعَلَيْهِ لَهَا^(١٢) مَهْرٌ مِثْلُهَا، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ فِيهَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ وَاحِدًا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَلَّ نَجْمٍ، قَبَضَتْهُ^(١٣)، فَإِذَا حَلَّ نَجْمُهَا^(١٤)، سَلَّمَتْهُ إِلَيْهَا . وَإِنْ حَلَّ نَجْمُهَا^(١٥) وَهُوَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ فِي يَدِهَا بِقَدَرِهِ، دَفَعَتْهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَّأَهَا، وَاحْتَسَبَتْ عَلَى الْوَاطِئِ بِالْمَهْرِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ، وَكَانَ بِقَدَرِ نَجْمِهَا أَوْ دُونَهُ، أَخَذَتْ مِنَ الْوَاطِئِ نِصْفَهُ، وَسَلَّمَتْهُ إِلَى الْآخَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِ

(٩) فِي ب: «وَبَعْدَ» .

(١٠) فِي أ، ب: «لِسَيِّدِهَا» .

(١١) فِي ب: «فِيهَا» .

(١٢) سَقَطَ مِنْ: م .

(١٣) فِي م: «قَبَضَتْ الْمَهْرَ» .

(١٤) فِي م: «نَجْمُهَا» .

مالِ الْكِتَابَةِ ، فَاتَّفَقَا عَلَى أَخْذِهِ عَوَضًا عَنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَالْحَكْمُ فِيهِ كَمَا لو كَانَ مِنْ جَنْسِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّفَقَا ، قَبِضَتْهُ ^(١٥) وَدَفَعَتْ مَا ^(١٥) عَلَيْهَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ عَوَضِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ عَجَزَتْ ، فَفَسَخَا ^(١٦) الْكِتَابَةَ ، وَكَانَ فِي يَدِهَا بِقَدْرِ الْمَهْرِ ، أَخْذَهُ الَّذِي لَمْ يَطَأْ ، وَسَقَطَ ^(١٧) الْمَهْرُ مِنْ ذِمَّةِ الْوَاطِئِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ ، كَانَ لِلَّذِي لَمْ يَطَأْ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَاطِئِ بِنِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا . فَإِنْ حَبِلَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدًا لَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَتِهَا لِشَرِكِهِ ، مَعَ نِصْفِ الْمَهْرِ الْوَاجِبِ لَهَا ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ . ^(١٨) هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، ذَكَرَ مِثْلَ ^(١٨) هَذَا فِي بَابِ الْعِتْقِ . فَعَلَى هَذَا ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لِلوَاطِئِ ، وَمُكَاتَّبَتُهُ لَهُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا ، وَتَكُونُ مُبْقَاةً عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، ^(١٨) وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهَا بِمَا تُسَاوِي مُكَاتَّبَتَهُ مُبْقَاةً عَلَى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا ^(١٩) مِنْ كِتَابَتِهَا ^(١٩) . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسِرِ الْإِحْبَالُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ بِالْقَوْلِ ، يُعْتَبَرُ الْيَسَارُ فِي سِرَايَتِهِ ، وَنَصِيبُ الْوَاطِئِ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَحَكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَنَصِيبُ شَرِكِهِ لَمْ يَثْبُتْ / ^{٢٣١/١١} ظ
لَهُ إِلَّا حَكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَتْ إِلَيْهَا ، عَتَقَتْ ، وَبَطَلَ حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَفَسَخَا الْكِتَابَةَ ، ثَبَتَ لِنِصْفِهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَنِصْفُهَا قِنْ ، لَا يَقُومُ عَلَى الْوَارِثِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعْتَقٍ . وَإِنْ مَاتَ الْوَاطِئُ قَبْلَ عَجْزِهَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَسَقَطَ حَكْمُ الْكِتَابَةِ فِيهِ ، وَكَانَ الْبَاقِي مُكَاتَّبًا . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا ، فَقَدْ ثَبَتَ لِنِصْفِهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَنِصْفُهَا الْآخَرُ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ أَذَتْ إِلَيْهَا ، عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَلَوْ هُمَا ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَفَسَخَا ^(٢٠) الْكِتَابَةَ ، قَوَّمْنَاهَا حِينَئِذٍ عَلَى الْوَاطِئِ ، فَيُدْفَعُ إِلَى شَرِكِهِ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ ، وَتَصِيرُ ^(٢١) جَمِيعُهَا ^(٢٢) أُمًّا وَلَدًا لَهُ ، فَإِنْ مَاتَ ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهَا لَهُ .

(١٥-١٥) فِي م : « وَدَفَعَتْهُمَا » .

(١٦) فِي أ : « فَسَخَتْ » . وَفِي ب ، م : « فَسَخَا » .

(١٧) فِي ب : « وَسَقَطَ » .

(١٨-١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٠) فِي ب : « فَسَخَتْ » .

(٢١) فِي أ : « وَتَصِيرُهَا » . وَفِي الْأَصْلِ ، ب : « وَمَصِيرُهَا » .

(٢٢) فِي أ : « جَمِيعًا » .

وهذا مذهب الشافعي . وله قول آخر ، أنها تقوم على المؤسّر ، وتبطل الكتابة في نصف الشريك ، وتصير جميعها أم ولد ، ونصفها مكاتباً للواطي ، فإن أدت نصيبه إليه ، عتقت ، وسرى إلى الباقي ؛ لأنه ملكه ، وعتق جميعها ، وإن عجزت ، ففسخ الكتابة ، كانت أم ولده خاصة ، بإذامات ، عتقت كلها . ولنا ، أن بعضها أم ولد ، فكان جميعها كذلك ، كما لو كان الشريك مؤسراً ، يُحقّق هذا ، أن الولد حاصل من جميعها ، وهو كله من الواطي ، ونسبه لأحق به ، فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ، ويفارق الإعتاق ، فإنه أضعف ، على ما بيننا من قبل . ولنا ، على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم ، أنها ^(٢٣) عقد لازم ^(٢٤) ، فلا ^(٢٥) تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهي في ملكه ، أو كما لو لم تحبل منه ، فأما الولد ، فإنه حر ؛ لأنه من وطء فيه شبهة ، ونسبه لأحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته ؛ لأنها وضعت في ملكه . وروى / عن أحمد ، في هذا ٢٣٢/١١ وروايتان ؛ إحداهما ، لا تجب قيمته ؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق ، وفي تلك الحال لم تكن له قيمة ، فلم يضمّنه . والثانية ، عليه نصف قيمته ؛ لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكاً لشريكه ، فقد تلف رقه عليه ، فكان عليه نصف قيمته . قال القاضي : هذه الرواية أصح على المذهب . وذكر هاتين الروايتين أبو بكر ، واختار أنها إن وضعت بعد التقويم ، فلا شيء على الواطي ، وإن وضعت قبل التقويم ، غرم نصف قيمته . فإن ادّعى الواطي الاستبراء ، وأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء ، لم يلحق به ، ولم تصير أم ولد ، وكان حكم ولدها حكمها ، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء ، ألحق ^(٢٦) به ، كما لو كان قبل الاستبراء ؛ لأننا بيننا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء ، فلم يكن ذلك استبراء .

فصل : وإن وطئها جميعاً ، فقد وجب لها على كل واحدٍ منهما مهرٌ مثلها . فإن كانت

(٢٣-٢٤) في الأصل ، ا ، ب : « غير لازمة » .

(٢٤) في ا : « ولا » .

(٢٥) في ب ، م : « وكا » .

(٢٦) في ب ، م : « لحق » .

في الحالين على صفة واحدة ، فهما سواء في الواجب عليهما ، وإن كانت بكرًا حين وطئها الأول ، فعليه مهر بكر ، وعلى الآخر مهر ثيب . فإن كان نكحها لم يحل ، فلها مطالبتهم بالمهرين ، وإن كان النكح قد حل ، وهو من جنس المهر ، تقاصًا ، على ما ذكرنا في المقاصة . فإن أدت إليهما ، عتقت ، وكان لها^(٢٧) المطالبة بالمهرين . وإن عجزت عن نفسيهما ، وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين ، لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء ؛ لأنها قبضتاهما وهي مستحقة لذلك ، فإن كانا في يدها اقتسماهما^(٢٨) ، وإن تلفا أو بعضهما ، فلا شيء لهما^(٢٩) ؛ لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين ، وهما سواء ، / سقط عن كل واحد ما عليه ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ، تقاص منهم^(٣٠) بقدر أقلهما^(٣١) ويرجع من عليه أقلهما^(٣٢) على الآخر ينصف الزيادة ، وإن قبضت^(٣٣) من أحدهما دون الآخر ، رجع المقبوض منه على الآخر ينصف ما عليه ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر ، رجع من قبض منه الأكثر على الآخر ينصف الزيادة التي أداها . وإن أفضاها أحدهما بوطئه ، فعليه لها ثلث قيمتها ؛ لأن الإفضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها ، فيوجب^(٣٤) في الأمة ثلث قيمتها مع المهر^(٣٥) . ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها . وقال القاضي : تلزمه قيمتها . وهو مذهب الشافعي . والخلاف في ذلك فرغ على الواجب في إفضاء الحرة . وقد ذكرناه^(٣٦) . فإن فسخت الكتابة ، رجع من لم يفضها على الآخر ينصف قيمة الإفضاء ، على الخلاف الذي ذكرناه . فإن ادعى كل واحد منهما على الآخر ، أنه الذي أفضاها ، أو وطئها ، حلف كل واحد منهما ، وبرئ . وإن

ظ ٢٣٢/١١

(٢٧) في ب ، م : « لهما » .

(٢٨) في الأصل ، ا : « اقتسماها » .

(٢٩) في الأصل : « لها » .

(٣٠) في م : « منها » .

(٣١) - (٣١) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٢) في م زيادة : « البعض » .

(٣٣) في م : « فوجب » .

(٣٤) في ب ، م زيادة : « فصل » .

(٣٥) تقدم في : ١٧١/١٢ ، ١٧٢ .

تَكَلَّ أَحَدُهُمَا ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ قَبْلَ عَجْزِهَا ، فَادَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ ادَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، لَمْ تَسْمَعْ الدَّعْوَى .

فصل : فَإِنْ أَوْلَدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَاتَّفَقَا عَلَى السَّائِقِ مِنْهُمَا ، فَعَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَوَلَدُهُ خُرٌّ ، لِأَحَقِّ النَّسَبِ بِهِ . وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ ، كَالْخِلَافِ فِيمَا إِذَا انْفَرَدَ بِإِيلَادِهَا ، سَوَاءً . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَعَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، قَدْ وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ غَيْرِهِ بِشَبْهَةٍ^(٣٦) ، وَأَوْلَدَهَا ، فَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ غَيْرِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ بَاعَهَا ثُمَّ أَوْلَدَهَا ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا لَهَا^(٣٧) ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَبْطُلْ ، وَالْوَلَدُ خُرٌّ ، لِأَنَّهُ وَطِئَ شَبْهَةً ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ / فَوَتْ رَقَّةً عَلَيْهِ ، فَكَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا لَهُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ^(٣٨) ، فَتَلَزُمُ قِيمَتُهُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي وُجُوبِ نَصْفِ قِيمَةِ الأَوَّلِ خِلَافًا ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِهَا ، تَقَاصًا^(٣٩) بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ^(٤٠) مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي تَسَاوَا فِيهِ ، وَيَرْجَعُ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ ، وَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَوَّلُ حَالٍ أَمَكَّنَ التَّقْوِيمَ فِيهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةَ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مُوسِرِينَ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى الثَّانِي لِلأَوَّلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالْإِسْتِيلَادِ ، وَمَهْرُ الْمُكَاتَبَةِ لَهَا دُونَ سَيِّدِهَا ، وَلِأَنَّ سَيِّدَهَا لَوْ وَطِئَهَا وَجَبَ^(٤١) عَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، فَلِأَنَّ لَا يَمْلِكُ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى غَيْرِهِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ عَوَضُ نَفْعِهَا ، فَكَانَ لَهَا ، كَأَجْرَتِهَا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ مُوسِرًا وَالثَّانِي مُعْسِرًا ، فَيَكُونُ كَالْحَالِ الَّذِي قَبْلَهُ ، سَوَاءً . قَالَ الْقَاضِي : إِلَّا أَنْ وَلَدَهُ يَكُونُ مَمْلُوكًا ؛ لِإِعْسَارِهِ بِقِيمَتِهِ . وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَرِيقُ لِإِعْسَارِ الْوَلَدِ ، بِدَلِيلِ وَلَدِ الْمَعْرُورِ مِنْ أُمِّهِ ، وَالْوَالِطِ^(٤٢) بِشَبْهَةٍ^(٤٣) . وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِحُرِّيَّةِ الْوَلَدِ^(٤٤) ، لَا يَخْتَلِفُ بِالْإِعْسَارِ

(٣٦) فِي الأَصْلِ : « لَشْبَةٍ » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٨) فِي الأَصْلِ : « أُمْتُهُ » .

(٣٩-٣٩) فِي الأَصْلِ ، ب : « بِمَا لَوَاحِدٍ » . وَفِي أ : « فَالوَاحِد » .

(٤٠) فِي م : « لَوْجِب » .

(٤١) فِي م : « وَالْوِطَاء » .

(٤٢) فِي أ ، ب : « لِلشَّبَةِ » .

(٤٣) فِي ب : « الأَوَّل » .

واليسار ، وإنما يُعْتَبَرُ^(٤٤) اليسارُ في سِرَاية العتق ، وليس عتق هذا بطريق السراية ، إنما هو لأجل الشبهة في الوطء ، فلا وجه لا اعتبار اليسار فيه ، والصحيح أنه حر ، وتجب قيمته في ذمة أبيه . الحال الثالث ، أن يكونا مُعْسِرَيْن ، فإنها تصير أم ولدهما^(٤٥) جميعاً ، نصفها أم ولد للأول ، ونصفها^(٤٦) أم ولد^(٤٦) للثاني . قال : وعلى كل واحد منهما نصف مهرها الصاجبه ، وفي ولد كل واحد منهما وجهان ؛ أحدهما ، أن^(٤٧) يكون كله حراً ، وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه . والثاني ، نصفه حر ، وباقيه عبد لشريكه ، إلا أن نصف ولد/الأول عبد قرن ؛ لأنه تابع للنصف الباقي من الأم ، وأما النصف الباقي من ولد الثاني ، فحكمه حكم أمه ؛ لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاء للأول ، فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك . ولعل القاضى أراد ما إذا عجزت ، وفسخت الكتابة ، فأما إذا كانت باقية على الكتابة ، فإن لها المهر كاملاً على كل واحد منهما ، وإذا حكم برق نصف ولدها ، وجب أن يكون له حكمها^(٤٨) في الكتابة ؛ لأن ولد المكاتبه يكون تابعاً لها . الحال الرابع ، أن يكون الأول مُعْسِراً والثاني مُوسِراً ، فحكمه حكم الثالث ، سواء ، إلا أن ولد الثاني حر ؛ لأن الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو مُوسِر ، فسرى إلى جميعه ، وعليه نصف قيمته لشريكه ، ولم يُقَوِّمْ عليه^(٤٩) الأم ؛ لأن نصفها أم ولد للأول . ولو صح هذا ، لوجب أن لا يُقَوِّمْ عليه نصف الولد ؛ لأن حكمه حكم أمه في هذا ، فإذا منع حكم الاستيلاء السراية في الأم ، منعه فيما هو تابع لها . ومذهب الشافعى في هذه المسألة قريب مما ذكر القاضى .

فصل : وإن اختلفا في السابق منهما ، فادعى كل واحد منهما أنه السابق ، فعلى

(٤٤) في الأصل : « اعتبر » .

(٤٥) في م : « لها » .

(٤٦-٤٦) سقط من : ا ، ب .

(٤٧) سقط من : الأصل . وفي ب : « أنه » .

(٤٨) سقط من : م .

(٤٩) سقط من : ب .

قَوْلُنَا ، لها^(٥٠) المَهْرُ على كُلِّ واحدٍ منهما ، وكلُّ واحدٍ منهما يُقَرُّ لصاحبه بِنِصْفِ قِيمَةِ الجارية ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ : ^(٥١) « صَارَتْ أُمُّ وَلَدِي ، بِإِجْبَالِي إِيَّاهَا ، وَوَجَبَ لَشَرِيكِي عَلَى نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلِي عَلَيْهِ قِيمَةُ وَلَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ ^(٥٢) : « أَوْلَدْتُهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمُّ وَلَدِي . وَهَلْ يَكُونُ مُقَرَّرًا لَهُ بِنِصْفِ قِيمَةِ وَلَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ اسْتَوَى مَا يَدْعِيهِ وَمَا يُقَرُّ بِهِ ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ^(٥٣) ، وَلَا يَمِينٌ ^(٥٤) لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٥٥) عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ : لِي عَلَيْكَ مِثْلُ مَالِكَ عَلَيَّ . وَالْجِنْسُ وَاحِدٌ ، فَتَسَاقُطًا ، وَإِنْ زَادَ مَا يُقَرُّ بِهِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ خَصَّمَهُ يُكْذِبُهُ فِي إِقْرَارِهِ . وَإِنْ زَادَ مَا يَدْعِيهِ ، فَلَهُ الْيَمِينُ عَلَى صَاحِبِهِ فِي الزِّيَادَةِ ، وَتَبَيَّنَتْ / ^(٥٦) « لِلْأَمَةِ حُكْمُ ^(٥٧) الْعَتَقِ فِي نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَوْتِهِ ؛ ^(٥٨) ٢٣٤/١١ وَلَا إِقْرَارِهِ بِذَلِكَ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَى شَرِيكِهِ فِي إِعْتِاقِ نَصِيبِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِي الْأَمَةِ قَوْلَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ^(٥٩) « يُقَرَّرُ بَيْنَهُمَا ، فَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِمَنْ تَقَعُ الْقُرْعَةُ لَهُ . وَالثَّانِي ، تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِهَمَا ، وَلَا يَطُوبُهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . قَالَ : وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ . وَأَمَّا الْقَاضِي فَاخْتَارَ أَنََّّهُمَا إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْمَهْرَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيُقَرُّ لَهُ بِنِصْفِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ عِنْدَهُمْ لِسَيِّدِهَا دُونَهَا ، وَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهَا بِمَوْتِ الْأَوَّلِ ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْآخَرِ ، وَإِذَا ^(٦٠) « مَاتَ الْآخَرُ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهَا قَدِمَاتٌ يَقِينًا . وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ ^(٦١) « بِأَنَّ نِصْفَهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيُصَدِّقُهُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ لَا يَسْرَى مَعَ الْإِعْسَارِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ لصاحبه بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَالْآخَرُ يُصَدِّقُهُ ، فَيَتَقَاصَانِ إِنْ تَسَاوَيَا ، وَإِنْ فَضَّلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْفَضْلَ ، تَحَالَفَا وَسَقَطَ ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ لِلْآخَرِ بِالْفَضْلِ ،

(٥٠) فِي ب : « أَنْ » .

(٥١-٥٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥٣-٥٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٥٤-٥٥) فِي الْأَصْلِ : « لِلْأَمَةِ » .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٦) فِي م : « وَأَمَّا إِذَا » .

(٥٧) فِي م : « مَقَرَّ » .

سَقَطَ ؛ لتَكْذِيبِ الْمُقَرَّرِ له به . وفي الْوَلَدِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، يَكُونُ حُرًّا ، فيكون كُلُّ واحدٍ منهما يَدْعَى على ^(٥٨) الْآخَرَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، نِصْفُهُ حُرٌّ ، فَيُقَرَّرُ بَأَنِّ نِصْفِ الْوَلَدِ مَمْلُوكٌ لِشَرِيكِهِ ، فيكون الْوَلَدَانِ بَيْنَهُمَا من غيرِ يَمِينٍ . وعلى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَتَقَاصَّانِ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ ، وَلَا يَمِينُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَإِثْمَانِ مَاتَ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَلَا وَهْ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ يُقَرَّرُ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ ^(٥٩) « قِيَمَةِ الْأُمَةِ ، وَنِصْفِ مَهْرٍ مِثْلِهَا » ، وَيَدْعَى عَلَيْهِ جَمِيعَ الْمَهْرِ ، وَقِيَمَةَ الْوَلَدِ ، وَالْمُعْسِرُ يُقَرَّرُ لِلْمُوسِرِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَيَسْقُطُ إِقْرَارُ الْمُوسِرِ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَدْعِيهِ ، وَلَا يُصَدِّقُهُ فِيهِ ، وَيَتَقَاصَّانِ بِالْمَهْرِ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِيهِ ، وَيَدْفَعُ الْمُعْسِرُ إِلَى الْمُوسِرِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِهِ ، وَيَحْلِفُ عَلَى مَا يَدْعِيهِ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ جَمِيعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَأَقَرَّ لَهُ بِنِصْفِهَا ، وَيَحْلِفُ لَهُ الْمُوسِرُ عَلَى نِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْمُعْسِرُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْجَارِيَةُ ، فَإِنَّ نَصِيبَ الْمُوسِرِ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ ، بغيرِ خِلَافٍ بَيْنَهُمَا فِيهِ ، وَبَاقِيهَا يَتَنَازَعَانِ ؛ فَإِنْ مَاتَ الْمُوسِرُ أَوَّلًا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَلَا وَهْ لَوَرَثَتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُعْسِرُ ، عَتَقَ بِاقِيهَا ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْسِرُ أَوَّلًا ، لَمْ يَعْتَقِ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُوسِرُ ، عَتَقَ جَمِيعُهَا . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ يُقَرَّرَ بَيْنَهُمَا فِي النِّصْفِ الْمُحْتَلَفِ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ وَطَّئَهَا مَعًا ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ لَا يُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ ^(٦٠) مِنْ وَاحِدٍ ^(٦١) مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا مِنْهُمَا ، أَوْ بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ وَطَّئَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَوْ قَبْلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطَّئَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْوَلَدَ مَنْفِيُّ عَنْهُمَا ، وَهُوَ مَمْلُوكٌ لهُمَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ فِي الْعَتَقِ بِأَدَائِهَا . وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْاسْتِبْرَاءَ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْاسْتِبْرَاءِ فِي الْأُمَةِ كَاللُّعَانِ فِي الْحُرَّةِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِهِمَا بَعَيْنُهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْ

(٥٨) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٥٩-٥٨) فِي ب ، م : « الْمَهْرُ وَنِصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَنِصْفُ مَهْرِهَا » .

(٦٠-٦١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ أَحَدٍ » . وَفِي ب : « الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ » .

أَحَدُهُمَا بَعَيْنُهُ ؛ مِنْ وَجُوبِ الْمَهْرِ لَهَا ، وَقِيَمَةِ نِصْفِهَا لِشَرِيكِهِ ، مَعَ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ .
وَأَمَّا الَّذِي لَمْ تَحْبَلْ مِنْ وَطْئِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ ^(٦١) هُوَ الثَّانِي ،
فَقَدْ وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ بَاقِيَةً ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا أَيْضًا ، وَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ
قَدْ فُسِّخَتْ ، فَالْمَهْرُ لِلَّذِي اسْتَوْلَدَهَا ، وَقَدْ وَجَبَ لِلثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ نِصْفُ قِيَمَتِهَا . وَفِي
^(٦٢) قِيَمَةِ نِصْفِ ^(٦٣) الْوَلَدِ رَوَايَتَانِ . فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ لِلأَوَّلِ ، تَقَاصًا / بِقَدَرِ أَقْلِ الْحَقِّينِ ، ٢٣٥/١١ و
وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، رَجَعَ بِحَقِّهِ عَلَى الَّذِي أَحْبَلَهَا . وَأَمَّا الْقَاضِي ، فَقَالَ فِي هَذَا الْقِسْمِ :
الْحُكْمُ فِي الْأَوَّلِ ، كَالْحُكْمِ فِيهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالْوَطْءِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ وَالتَّطْوِيلِ .
وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ وَلَادَتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِكَوْنِهَا أُمُّ
وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، فَعَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، فَإِنْ كَانَ فَسَخَ الْكِتَابَةَ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لِعَجْزِهَا ، فَالْمَهْرُ لَهُ ؛
لَأَنَّهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَفْسَخْ ، فَالْمَهْرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ زَوَالِ الْكِتَابَةِ
فِي حَقِّهِ ، وَقَبْلَ الْحُكْمِ بِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُ مَهْرِهَا ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا قَبْلَ لَهُ ،
وَعَلَيْهِ النِّصْفُ لَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَوَّلُ فَسَخَ الْكِتَابَةَ ، أَوْ لَهُ إِنْ كَانَ فَسَخَ . وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ
مُعْسِرًا ، فَنِصْبُهُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَلَهَا عَلَيْهِمَا الْمَهْرَانِ . وَالْحُكْمُ فِيهَا إِذَا عَجَزَتْ أَوْ أَدَّتْ ،
قَدْ تَقَدَّمَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنَ الثَّانِي ، فَالْحُكْمُ فِي وَطْءِ الْأَوَّلِ ، كَالْحُكْمِ فِيهِ إِذَا وَطِئَ
مُنْفَرِدًا فَلَمْ يُحْبَلْهَا . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، قَوِّمَ عَلَيْهِ نِصْبُ شَرِيكِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ ؛
إِنْ فَسَخَا الْكِتَابَةَ ، قَوِّمْنَا هَا عَلَيْهِ ، وَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِنْ رَضِيَ الثَّانِي بِالْمَقَامِ عَلَى
الْكِتَابَةِ ، قَوِّمْنَا عَلَيْهِ نِصْبَ الْأَوَّلِ ، وَصَارَتْ كُلُّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَنِصْفُهَا مُكَاتَّبٌ ،
وَيَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .
وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، فَيَتَقَاصَانِ بِهِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا عَلَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ
الثَّانِي مُعْسِرًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٦١) كَمَا لَوْ وَلَدَتْ مِنَ الْأَوَّلِ وَكَانَ مُعْسِرًا ، لَا فَضْلَ بَيْنَ
الْمَسْأَلَتَيْنِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، إِنْ ^(٦٢) أُمِّكَنْ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى
الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَيُلْحَقُ بِمَنْ أَحَقُّهُ بِهِ مِنْهُمَا ، فَمَنْ أَحَقُّ بِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِوَعْرِفَ أَنَّهُ
مِنْهُ بَغَيْرِ قَافَةٍ .

(٦١) سقط من : الأصل .

(٦٢-٦٣) في ب : « نصف قيمة » .

(٦٣) سقط من : أ ، ب ، م .

٢٣٥/١١ ظ ١٩٩١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَاتَبَ نِصْفَ / عَبْدٍ ، فَأَدَّى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ ،
وَمِثْلَهُ لِسَيِّدِهِ ، صَارَ نِصْفُهُ ^(١) حُرًّا بِالْكِتَابَةِ ، إِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُعْسِرًا ، وَإِنْ كَانَ
مُوسِرًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، وَصَارَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ عَلَى الَّذِي كَاتَبَهُ لِشَرِيكِهِ)

وجملته أن الرجل إذا كان له نصف عبد ، كانت له مكاتبته ، وتصح منه ، سواء كان
باقية حراً أو مملوكاً لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن . هذا ظاهر كلام الخرقي ،
وأبي بكر ، وقول الحكم ، وابن أبي ليلى . وحكى ذلك عن الحسن البصري ، والحسن بن
صالح ، ومالك ، والعمري . وكره الثوري ، وحماّد ، كتابته بغير إذن شريكه . وقال
الثوري : إن فعل ردّذته ، إلا أن يكون نقدّه ، فيضمن لشريكه نصف ما في يده . وقال أبو
حنيفة : تصحّ بإذن الشريك ، ولا تصحّ بغير إذنه . وهذا أحد قولَي الشافعي . إلا أن أبا
حنيفة قال : إذنه ^(٢) فيما مضى ^(٣) في ذلك ، يقتضي الإذن في تأدية مال الكتابة من جميع
كسبه ، ولا يرجع الآذن بشيء منه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يكون جميعه مكاتباً .
وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : إن كان باقية حراً ، صحّت كتابته ، وإن كان باقية
ملكاً ، لم تصحّ كتابته ، سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن ؛ لأنّ كتابته تقتضي إطلاقه في ^(٤)
الكسب والمُسافرة ، وملك نصفه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات ؛ لئلا
يصير كسباً له ^(٥) ، ويستحقّ سيّده نصفه ، ولأنّه إذا أدى عتق جميعه ، فيؤدّي إلى أن
يؤدّي نصف كتابته ، ويعتق جميعه . ولنا ، أنّه عقد معاوضة على نصيبه ^(٥) ، فصحّ
كبيعه ، ولأنّه ملك له يصحّ بيعه وهبته ، فصحّت كتابته ، كإلو ملك جميعه ، ولأنّه ينفذ
إعتاقه ، فصحّت كتابته ، كالعبد الكامل ، وكإلو كان باقية حراً عند الشافعي ، أو أذن
فيه الشريك عند الباقيين . وقولهم : / إنّه يقتضي المُسافرة ، والكسب ، وأخذ
الصدقة . قلنا : أمّا المُسافرة فليست من المُقتضيات الأصلية ، فوجود مانع منها لا

٢٣٦/١١ و

(١) سقط من : ب ، م .

(٢-٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في ب ، م زيادة : « رد » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) في ب ، م : « نصفه » .

يَمْنَعُ أَصْلَ الْعَقْدِ ، وَأَمَّا الْكَسْبُ وَأَخْذُ الصَّدَقَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ^(٦) كَسْبُهُ وَأَخْذُهُ
 الصَّدَقَةِ بِجُزْئِهِ الْمُكَاتَبِ^(٧) ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الشَّرِيكَ شَيْئًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ
 بِالْجُزْءِ الْمُكَاتَبِ ، وَلَا حَقَّ لِلشَّرِيكِ فِيهِ ، فَكَذَلِكَ فِيمَا حَصَلَ بِهِ ، كَالْوَرِثِ شَيْئًا بِجُزْئِهِ
 الْحَرِّ . وَأَمَّا الْكَسْبُ ، فَإِنْ هَيَّأَهُ مَالُكَ نَصْفَهُ ، فَكَسَبَ فِي تَوْبَتِهِ شَيْئًا ، لَمْ يُشَارِكْ فِيهِ
 أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ يَهَيِّئْهُ ، فَكَسَبَ بِجُمْلَتِهِ شَيْئًا ، كَانَ بَيْنَهُمَا لَهُ بَقْدَرٌ مَا فِيهِ مِنَ الْجُزْءِ
 الْمُكَاتَبِ ، وَلِسَيِّدِهِ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بِجُزْئِهِ الْمَمْلُوكِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَسَبَ قَبْلَ
 كِتَابَتِهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ سَيِّدَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ يُؤَدَّى بَعْضَ الْكِتَابَةِ ، فَيَعْتَقَ
 جَمِيعُهُ . قُلْنَا : يَبْطُلُ هَذَا بِمَا لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ نَصِيبَهُ عَلَى أَدَاءِ مَالٍ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّى عَوَضَ^(٨)
 الْبَعْضِ ، وَيَعْتَقُ الْجَمِيعُ . عَلَى أَنَّنا نَقُولُ : لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ جَمِيعُ
 الْكِتَابَةِ هُوَ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ مَالُكَ نَصْفَهُ^(٩) ، وَلَمْ يَبْقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى
 جَمِيعُهَا ، وَلَئِنَّهُ لَا يَعْتَقُ الْجَمِيعَ بِالْأَدَاءِ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُ الْجُزْءَ الْمُكَاتَبِ لِأَخِي ، وَبَاقِيهِ إِنْ كَانَ
 الْمُكَاتَبُ مُعْسِرًا ، لَمْ يَعْتَقْ بَاقِيَهُ^(١٠) ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ بِالسَّرَّاءِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَا
 يَمْتَنِعُ^(١١) هَذَا ، كَالْوَأْتَقِ بَعْضُهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَإِذَا جَازَ عَتَقَ^(١٢) جَمِيعُهُ بِإِعْتَاقِ بَعْضِهِ
 بِطَرِيقِ السَّرَّاءِ ، جَازَ ذَلِكَ فِيمَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَتَقِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا كَاتَبَ نَصِيبَهُ ، لَمْ
 تَسِرِ الْكِتَابَةُ ، وَلَمْ يَتَعَدَّ الْجُزْءَ الَّذِي كَاتَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يَسِرْ ، كَالْبَيْعِ ،
 وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى مُكَاتَبَتِهِ شَيْئًا حَتَّى يُؤَدَّى إِلَى شَرِيكِهِ مِثْلَهُ ، سَوَاءً أَذِنَ الشَّرِيكَ فِي
 كِتَابَتِهِ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَذِنَ فِي كِتَابَةِ نَصِيبِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَاقِيًا
 لَهُ ، وَلَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفًا فِي الْكِتَابَةِ . هَذَا إِذَا كَانَ الْكَسْبُ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ أَدَّى ٢٣٦/١١
 الْكِتَابَةَ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ ، لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ تَقْتَضِي الْعَتَقَ بِرَأْيِهِ مِنْ

(٦) فِي ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(٧) فِي ب ، م : « بِالْمُكَاتَبَةِ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(١٢) فِي ب زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له . وإن أدى إليهما جميعاً ، عتق كله ؛ لأن نصفه يعتق بالأداء ، فإذا عتق^(١٣) ، سرى إلى سائرِهِ ، وإن كان الذي كاتبه مؤسراً ؛ لأن عتقه بسبب من جهته ، فلزمته قيمته ، كالمو باشره بالعتق ،^(١٤) أو كالمو علق عتق نصيبه على صفة ، فعتق بها ، ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته ، كالمو باشره بالعتق^(١٥) . فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب ، مثل أن هأياه سيده ، فكسب شيئاً في نوبته ، أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره ، فلا حق لسيده فيه ، وله أداء جميعه في كتابته ؛ لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة ، فأشبه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه . ولو كان ثلثه حرّاً ، وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً ، فورث بجزئه الحر ميراثاً ، وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب ، فله دفع ذلك كله في كتابته ؛ لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه ، فلا يستحق مالكه منه شيئاً . وإذا أدى جميع كتابته ، عتق ، فإن^(١٥) كان الذي كاتبه مؤسراً ، لم يسر العتق ، ولم يتعد نصيبه ، كما إذا واجهه بالعتق ، إلا على الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء ، فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب ، وإن كان مؤسراً ، سرى إلى باقيه .

فصل : وإذا كان العبد كله ملكاً للرجل ، فكاتب بعضه ، جاز . قاله أبو بكر ؛ لأنها معاوضة ، فصحت في بعضه ، كالبيع ، فإذا أدى جميع كتابته ، عتق كله ؛ لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره ، فإلى ملكه أولى ، ويجب أن يؤدى إلى سيده مثلى كتابته ؛ لأن نصف ما يكسبه / يستحقه سيده بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدى في الكتابة^(١٦) ، إلا أن يرضى^(١٧) سيده بتأديته^(١٨) الجميع في الكتابة ، فيصح ، فإذا استوفى المال كله ، عتق نصفه بالكتابة ، وباقيه بالسراية .

و ٢٣٧/١١

(١٣) في الأصل ، ب : « أعتق » .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر . وفي الأصل : « ولو علق » . إلخ .

(١٥) في م : « فإذا » .

(١٦) في الأصل : « كتابة » .

(١٧) في الأصل : « يتردى » .

(١٨) في ١ ، ب ، م : « بتأدية » .

فصل : وإذا كان العبد لِرَجُلَيْنِ ، فكاتباه معًا ، جاز^(١٩) ، سواء^(٢٠) تساويًا في العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما^(٢١) فيه أو اختلف ، وسواء كان في عقد واحد أو عقدَيْن . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في المِلْك ، ولا^(٢٢) التساوي في المال مع^(٢٣) التفاضل في المِلْك ؛ لأن ذلك يؤدّي إلى أن يتنفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ، ثم عجز ، رجع عليه الآخر بذلك . ولنا ، أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة ، فجاز أن يختلفا في العوض ، كالبيع^(٢٤) . وما ذكروه لا يلزم ؛ لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز ، وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله ، فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدّي إليهما على التساوي ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين ، فلم يكن أحدهما مُنتفعًا إلا بما يُقابل ملكه ، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق ، كأنه لم يزل . فإن قيل : فالتساوي في المِلْك يقتضي التساوي في أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ، ويسرى إلى نصيب صاحبه ، ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته . قلنا : يُمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة ، فيعتق عليهما ، ويُمكن أن يكتب أحدهما على مائة ، في نجمين ، في كل نجم خمسون^(٢٥) ، ويكتب الآخر على مائتين ، في نجمين ، في النجم^(٢٦) الأول خمسون . وفي الثاني مائة وخمسون^(٢٧) ، ويكون وقتهما واحدًا^(٢٨) ، فيؤدّي إلى كل واحد منهما حقه ، على أن أصبحا بقا لولا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر مادام / مكاتبًا . فعلى هذا القول ، لا^(٢٩) ٢٣٧/١١ ط يُفرض إلى ما ذكروه ، على أنه وإن قدر إفضاؤه إليه ، فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : « نصيبهما » .

(٢٢) في م : « ولأن » .

(٢٣) في م : « منع » .

(٢٤) في الأصل : « في البيع » .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٦) سقط من : ا ، ب .

يُجَلُّ بِمَقْصُودِ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ بِهَا . وَيُمْكِنُ وَجُودُ سِرَايَةِ الْعِتْقِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، بَأَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى مِثْلَى قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ عَلَيْهِ ، غَرِمَ لَشْرِيكِه نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَسَلَّمْ لَهُ بَاقِي الْمَالِ ، وَحَصَلَ لَهُ وَلَاءُ الْعَبْدِ ، وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا . ثُمَّ لَوْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ ، لَكِنْ قَدْ رَضِيَ بِهِ ^(٢٧) حِينَ كِتَابَتِهِ عَلَى أَقَلِّ مِمَّا كَاتَبَهُ بِهِ شَرِيكُهُ ، وَالضَّرَرُ الْمَرْضِيُّ بِهِ ^(٢٧) مِنْ جِهَةِ الْمَضْرُورِ لَا عِبْرَةَ بِهِ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهُ ^(٢٨) بِالْعِتْقِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيَسْرِى عِتْقُهُ ، وَيَغْرَمُ لَشْرِيكِه ، وَهُوَ جَائِزٌ ، فَهَذَا أَوَّلَى بِالْجَوَازِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَا فِي التَّنَجِيمِ ، وَلَا فِي أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا فِي التُّجُومِ قَبْلَ التَّجْمِ الْأَخِيرِ أَكْثَرُ مِنَ الْآخِرِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى السَّوَاءِ ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا بِالْأَدَاءِ عَلَى الْآخِرِ ، وَاخْتِلَافُهُمَا فِي مِيقَاتِ التُّجُومِ ، وَقَدَرِ الْمُؤَدَّى فِيهِمَا ، يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُعَجَّلَ لِمَنْ تَأَخَّرَ نَجْمُهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَيُعْطَى مَنْ قَلَّ نَجْمُهُ أَكْثَرُ مِنَ الْوَاجِبِ لَهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَحَدُهُمَا فِي الدَّفْعِ إِلَى الْآخِرِ قَبْلَهُ ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُنْظَرَهُ مَنْ حَلَّ نَجْمُهُ ، أَوْ يَرْضَى مَنْ لَهُ الْكَثِيرُ بِأَخْذِ دُونَ حَقِّهِ ، وَإِذَا أُمِكنَ إِفْضَاءُ الْعَقْدِ إِلَى مَقْصُودِهِ ، فَلَا تُبْطَلُهُ بِاحْتِمَالِ عَدَمِ الْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ .

فصل : وليس للمكاتب أن يؤدَّى إلى أحدهما أكثر من الآخر ، ولا يُقدَّم أحدهما على الآخر . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِيهِ ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي كَسْبِهِ ، وَحَقُّهُمَا مُتَعَلِّقٌ بِمَا فِي يَدِهِ تَعَلُّقًا وَاحِدًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخُصَّ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ مِنْهُ دُونَ الْآخَرِ ، وَلِأَنَّهُ رَبَّمَا عَجَزَ ، فَيَعُودُ إِلَى الرَّقِّ ، وَيَتَسَاوَيَانِ فِي كَسْبِهِ ، فَيَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْفَضْلِ بَعْدَ انْتِفَاعِهِ بِهِ مُدَّةً . فَإِنْ قَبِضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ شَيْئًا ، لَمْ يَصِبْ الْقَبْضُ ، وَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ ^(٢٩) حِصَّتَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَذِنَ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنْ أَذِنَ فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِبُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ الْمُرْتَهَنُ لِلرَّاهِنِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ، أَوْ أَذِنَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ ^(٣٠) قَبْلَ تَوْفِيقِهِ ثَمَنِهِ ، أَوْ أَذِنَا لِلْمُكَاتِبِ فِي التَّبَرُّعِ ، وَلَا تَنْهَاهُمَا لَوْ أَذِنَا لَهُ فِي

٢٣٨/١١ و

(٢٧-٢٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٨) في الأصل : « بَاشَر » .

(٢٩) في ب ، م : « مِنْ » .

(٣٠) في ب ، م : « الْبَيْع » .

الصَّدَقَةُ بِشَيْءٍ ، صَحَّ قَبْضُ الْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِ ، كَذَلِكَ هُنَا . والثاني ، لا يجوز . وهذا اختيار أبي بكرٍ ، ومذهب أبي حنيفة ، وأحد قولَي الشافعي ، واختيارُ المزني ؛ لأنَّ ما في يَدِ المَكاتبِ مِلْكٌ لَهُ ، فلا يَنْفَعُ إِذْنُ غَيْرِهِ فِيهِ ، وإِنَّمَا حَقُّ سَيِّدِهِ فِي ذِمَّتِهِ . والأوَّلُ أَصَحُّ ، إِنَّ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لأنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، لا يَخْرُجُ عَنْهُمْ ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى شَيْءٍ ، فَلَا وَجْهَ لِلْمَنْعِ . وقولُهُمْ : إِنَّهُ مِلْكٌ لِلْمُكَاتِبِ . تَعْلِيلُ عَلَى الْعِلَّةِ ضِدُّ مَا تَقْتَضِيهِ ؛ لأنَّ كَوْنَهُ مِلْكًا لَهُ يَقْتَضِي جَوَازَ تَصَرُّفِهِ فِيهِ ، عَلَى حَسَبِ اخْتِيَارِهِ ، وَإِنَّمَا الْمَنْعُ لَتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ ، زَالَ الْمَانِعُ ، فَصَحَّ التَّقْبِيزُ ، لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ ، وَخُلُوهُ مِنَ الْمَانِعِ ، ثُمَّ يَبْطُلُ بِمَا ^(٣١) ذَكَرْنَاهُ ^(٣٢) مِنَ الْمَسَائِلِ . فعلى هذا الوجه ، إِذَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا مَالُ الْكِتَابَةِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ نَصِيْبُهُ مِنَ الْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَيَسْرَى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِسَبَبِهِ . هَذَا قَوْلُ الْخَرَقِيِّ . وَيُضْمَنُهُ فِي الْحَالِ يَنْصِفُ قِيَمَتَهُ مُكَاتِبًا ، مُبَقًى ^(٣٣) عَلَى مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَوَلَاؤُهُ كُلَّهُ لَهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي ^(٣٤) لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا قَبِضَهُ صَاحِبُهُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ الَّذِي عَتَقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نِصْفَهُ عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وَنِصْفَهُ بِالسَّرَايَةِ ، فَحِصَّةُ مَا عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ لِلْعَبْدِ ، وَحِصَّةُ مَا عَتَقَ / بِالسَّرَايَةِ لِسَيِّدِهِ . وعلى ٢٣٨/١١ ط ما اخْتَرْنَاهُ ، يَكُونُ الْبَاقِي كُلُّهُ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ كَانَ مِلْكًا لَهُ ، فَلَا يُزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ بَعْتُهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ بِالْأَدَاءِ . وقال أبو بكرٍ ، والقاضي : لا يَسْرَى الْعِتْقُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَسْرَى عِنْدَ عَجْزِهِ . فعلى قولِهِمَا ، يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَوَلَاؤُهُ لهُمَا ، وَمَا بَقِيَ ^(٣٥) فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ^(٣٦) ، وَفُسِّحَتْ كِتَابَتُهُ ، قُومَ عَلَى الَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاءُ جَمِيعِهِ لَهُ ، وَتَنْفَسِيخُ الْكِتَابَةِ فِي نِصْفِهِ . وَإِنْ مَاتَ ، فَقَدَمَاتُ وَنِصْفُهُ خُرٌّ ، وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ ، وَلِسَيِّدِهِ الَّذِي لَمْ يُعْتَقِ نَصِيْبِهِ أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا خَلَفَهُ مِثْلَ مَا أَخَذَهُ شَرِيكُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ ^(٣٧) ، وَالْبَاقِي لَوَرَثَةِ الْعَبْدِ ،

(٣١) في ب ، م : « لل » .

(٣٢) في ا ، ب ، م : « ذكرناه » .

(٣٣) في ب : « يبقى » .

(٣٤) في ا ، ب ، م : « الذي » .

(٣٥) في ب ، م : « بقي » .

(٣٦) في الأصل : « عجزه » .

فإن لم يكن له وارث من نسبه ، فهو للذي أدى إليه بالولاء . وإن قلنا : لا يصح القبض . فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ، ولا تعتق حصته من المكاتب ؛ لأنه لم يستوف عوضه ، ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه ، كما لو قبض^(٣٧) بغير إذنه ، سواء . وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه ، حتى أدى المكاتب إليه كتابته ، صح ، وعتق عليهما جميعاً . وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه ، فقد مات عبداً ، ويستوفى الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ^(٣٨) صاحبه ، والباقي بينهما . قال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في عبد بين رجلين كاتبه ، فأدى إلى أحدهما كتابته ، ثم مات وهو يسعى للآخر ، لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كل ما كسب العبد في كتابته ، فهو بينهما ، ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ^(٣٩) ، وميراثه بينهما . قال ابن منصور : قال إسحاق بن راهويه كما قال .

فصل : وإن عجز / مكاتبهما ، فلهما الفسخ والإمضاء ؛ فإن فسحاً جميعاً ، أو أمضياً الكتابة ، جاز ما اتفقا عليه ، وإن فسح أحدهما ، وأمضى الآخر ، جاز ، وعاد نصفه رقيقاً قننا ، ونصفه مكاتباً . وقال القاضي : تنفسخ الكتابة في جميعه . وهو مذهب^(٤٠) مالك ، و^(٤١) الشافعي ؛ لأن الكتابة لو بقيت في نصفه ، أعاد نصف^(٤٢) الذي فسح الكتابة إليه ناقصاً . ولنا ، أنها كتابة في ملك أحدهما ، فلم تنفسخ بفسخ الآخر ، كما لو انفرد بكتابه ، ولأنهما عقدان منفردان^(٤٣) ، فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر ، كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع ؛ لأنه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك في نصيبه ، فلم يمنع ، كإعتاق الشريك ، ولأن من أصلنا أنه يصح مكاتبته أحدهما نصيبه ،

(٣٧) في ب ، م : « قبضه » .

(٣٨) في ب ، م : « أخذه » .

(٣٩) في ١ : « أخذه » .

(٤٠-٤١) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٤١) في ١ ، ب ، م : « ملك » .

(٤٢) في ب ، م : « مفردان » .

فإذا لم يُمنع العقد في ابتدائه ، فلأن لا^(٤٣) يَطلُّ في دَوَامِهِ أَوَّلَى ، ولأنَّ^(٤٤) ضَرَرَهُ حَصَلَ بَعْقِدِهِ وَفَسْخُوحِهِ ، فلا يزال^(٤٥) بفسخ عقد^(٤٤) غيره ، ولأنَّ في فسْخِ الْكِتَابَةِ ضَرَرًا بِالْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، وليس دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الشَّرِيكِ الَّذِي^(٤٦) فَسَخَ ، بِأَوَّلَى مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الَّذِي لَمْ يَفْسَخْ ، بل دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الَّذِي^(٤٦) لَمْ يَفْسَخْ أَوَّلَى ، لَوْجُوهُ ثَلَاثَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ ضَرَرَ الَّذِي فَسَخَ حَصَلَ ضِمْنًا ، لِبَقَاءِ عَقْدِ شَرِيكِهِ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ ، وَضَرَرُ شَرِيكِهِ بِزَوَالِ^(٤٥) عَقْدِهِ ، وَفَسْخُوحُ تَصَرُّفِهِ فِي مِلْكِهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ ضَرَرَ الَّذِي فَسَخَ لَمْ يَغْتَبِرْهُ الشَّرْعُ فِي مَوْضِعٍ ، وَلَا أَصْلَ لَمَّا ذَكَرُوهُ مِنَ الْحُكْمِ ، وَلَا يُعْرِفُ لَهُ نَظِيرٌ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَصْلُوحَةِ الْمُرْسَلَةِ ، الَّتِي وَقَعَ الْإِجْمَاعُ عَلَى اطْرَاحِهَا ، وَضَرَرُ شَرِيكِهِ بفسْخِ عَقْدِهِ مُعْتَبَرٌ فِي سَائِرِ عُقُودِهِ ؛ مِنْ بَيْعِهِ ، وَهَبَتِهِ ، وَرَهْنِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ أَوَّلَى . الثَّالِثُ ، أَنَّ ضَرَرَ الْفَسْخِ يَتَعَدَّى إِلَى الْمُكَاتِبِ ، فَيَكُونُ ضَرَرًا بِاثْنَيْنِ ، وَضَرَرَ الْفَاسِخِ لَا يَتَعَدَّى ، ثُمَّ لَوْ قُدِّرَ تَسَاوِي الضَّرَرَيْنِ ، لَوَجَبَ إِبْقَاءُ الْحُكْمِ عَلَى مَا كَانَ / عَلَيْهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ الْفَسْخِ مِنْ ٢٣٩/١١ ط

غير دليل راجح .

١٩٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَتَقَ^(١) الْمُكَاتِبُ ، اسْتَقْبَلَ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ حَوْلًا ، ثُمَّ رَكَاهُ ، إِنْ كَانَ نَصَابًا^(٢))

وجملته أَنَّ الْمُكَاتِبَ لَا زَكَاةَ عَلَيْهِ . بِإِخْلَافِ نَعْلَمُهُ . فَإِذَا عَتَقَ ، صَارَ مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ حِينَئِذٍ ، فَيَبْدَأُ حَوْلَ الزَّكَاةِ مِنْ يَوْمِ عَتَقَ ، فَإِذَا تَمَّ الْحَوْلُ ، وَجَبَتِ الزَّكَاةُ إِنْ كَانَ نَصَابًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَصَابًا ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَالْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ ، وَفِي يَدِهِ مَالٌ زَكَاةً يَبْلُغُ نَصَابًا ، فَإِنَّهُ يَسْتَقْبَلُ بِهِ حَوْلًا مِنْ حِينَ أَسْلَمَ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ حِينَئِذٍ مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ ، وَكَذَلِكَ

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) في ب : « وليس » .

(٤٥) في ب ، م : « يزول » .

(٤٦) (٤٦-٤٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في الأصل : « أعتق » .

(٢) في الأصل ، ١ ، ب : « منصبا » .

العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده .

١٩٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا لَمْ يُؤَدِّ نَجْمًا حَتَّى حَلَّ نَجْمٌ آخَرُ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ
إِنْ أَحَبَّ ، وَعَادَ عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتَّبٍ)

وجملته أن الكتابة عقد لازم ، لا يملك السيد فسحها قبل عجز المكاتب . بغير
خلاف تعلمه . وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ؛ لأنه إنما ثبت في العقد
مؤجلاً ، وإذا حل النجم ، فللسيد مطالبة بما حل من نجومه ؛ لأنه دين له حل ، فأشبهه
دينه على الأجنبي ، وله الصبر عليه ، وتأخير به ، سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً
عنه ؛ لأنه حق له سمح بتأخير ، أشبه دينه على الأجنبي . فإن اختار الصبر عليه ، لم
يملك العبد الفسخ . بغير خلاف تعلمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من
أهل العلم ، على أن المكاتب إذا حل عليه نجم ، أو نجمان ، أو نجومه كلها ، فوقف
السيد عن مطالبته ، وتركه بحاله^(١) ، أن الكتابة لا تنفسخ ، مادام ثابتين على العقد
الأول ، فإن أجله به ، ثم بدا له الرجوع ، فله ذلك ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل ،
كالقرض . وإن حل عليه نجمان ، فعجز عنهما ، فاختار السيد فسح كتابته ، وردّه
إلى الرق ، فله ذلك ، بغير حضور حاكم ولا سلطان ، ولا تلزمه / الاستنابة . فعل ذلك ابن
عمر . وهو قول شريح ، والنخعي ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون
عجزه إلا عند قاض . وحكى نحوه هذا^(٢) عن مالك . وقال الحسن : إذا عجز استؤني^(٣)
بعد العجز سنتين . وقال الأوزاعي : شهرين ، ونحو ذلك . ولنا ، ما روى سعيد ،
بإسناده عن ابن عمر ، أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار ، فأدى إليه تسعمائة دينار ،
وعجزه عن مائة دينار ، فردّه إلى^(٤) الرق^(٥) . وبإسناده عن عطية العوفي ، عن ابن عمر ،
أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً ، فأدى عشرة آلاف ، ثم أتاه ، فقال : إني قد طفت
العراق والحجاز ، فردني في الرق . فردّه . وروى عنه ، أنه كاتب عبداً له على ثلاثين

٢٤٠/١١ و

(١) في ب ، م : « بحال » .

(٢) في ب : « ذلك » .

(٣) في الأصل : « استوفى » . وفي أ : « استوى » .

(٤) في أ ، ب : « في » .

(٥) تقدم ترجمته ، في صفحة ٤٥٣ .

أَلْفَا ، فقال له : أنا عاجزٌ . فقال له : اَمْحُ كِتَابَتَكَ . فقال : اَمْحُ أَنْتَ ^(٦) . وَرَوَى سَعِيدٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَطَبَ ، فَقَالَ : « أَيْمًا رَجُلٌ كَاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » ^(٧) . وَلَأَنَّهُ عَقَدَ عَجَزَ عَنْ عَوْضِهِ ، فَمَلَكَ مُسْتَحِقُّهُ فَسَخَّه ، كَالسَّلَامِ إِذَا تَعَدَّرَ الْمُسْلِمُ فِيهِ ، وَلَأَنَّهُ فَسَخَّ عَقْدَ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَفَسَخِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ الْعَبْدِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ كَانَتْ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، غَيْرَ لَازِمَةٍ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ ؟ قُلْنَا : بَلَى ^(٨) . هِيَ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ ^(٩) الطَّرَفَيْنِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ ^(١٠) فَسَخَّهَا بِجَاهِلٍ ، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُعْجَزَ نَفْسَهُ ، وَيَمْتَنِعَ مِنَ الْكُسْبِ ، وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَضَمَّنُ إِعْتِقًا بِصِفَةٍ ، وَمَنْ عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدَهُ بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالُهَا ، وَيَلْزَمُ وَقُوعُ الْعِتْقِ بِالْصِفَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْعَبْدُ الْإِتْيَانُ بِالْصِفَةِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لِحِطِّ الْعَبْدِ دُونَ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ الْعَقْدُ ^(١١) لَازِمًا لِمَنْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ حِطَّ غَيْرِهِ ، وَصَاحِبُ الْحِطِّ بِالْخِيَارِ فِيهِ ، كَمَنْ / ضَمِنَ لْغَيْرِهِ شَيْئًا ، أَوْ كَفَّلَ لَهُ ، أَوْ رَهَنَ عِنْدَهُ رَهْنًا .

٢٤٠/١١ ط

فصل : فَأَمَّا إِنْ حُلَّ نَجْمٌ وَاحِدٌ ، فَعَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخُرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَيْسَ لِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ ، حَتَّى يَحِلَّ نَجْمَانِ قَبْلَ أَدَائِهِمَا . وَهِيَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَكَمِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَعُودُ رَقِيقًا حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ . وَقِيلَ عَنْهُ : إِذَا أَدَّى أَكْثَرَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، لَمْ يُرَدَّ إِلَى الرِّقِّ ، وَأُتْبِعَ بِمَا بَقِيَ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنْ نَجْمٍ وَاحِدٍ ، فَلَيْسَ يَدْفَعُ الْفَسْخَ الْكِتَابَةَ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ

(٦) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمَكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/٣٤١ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمَكَاتِبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . الْمَصْنُفِ ٨/٤٠٧ ، ٤٠٨ .

(٧) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٩/١٢٥ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا ، ب .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

دَخَلَ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ مَالَ الْكِتَابَةِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْمَالُ فِي نُجُومِهِ ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ عَقْبُهُ ، وَلَمَّا ذَكَّرْنَا فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَلَئِنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ النَّجْمِ فِي وَقْتِهِ ، فَجَازَ فَسَخَ كِتَابَتِهِ ، كَالنَّجْمِ الْآخِرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا يُرَدُّ الْمُكَاتَبُ فِي الرُّقِّ ، حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ ^(١٢) . وَلَئِنْ مَا بَيْنَ النَّجْمَيْنِ مَحَلٌّ لِأَدَاءِ الْأَوَّلِ ، فَلَا ^(١٣) يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ عَنْهُ حَتَّى يَفُوتَ مَحَلُّهُ بِحُلُولِ الثَّانِي .

فصل : وَإِذَا حَلَّ النَّجْمُ ، وَمَالُهُ حَاضِرٌ عِنْدَهُ ، طُولِبَ بِأَدَائِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ الْفَسْخُ قَبْلَ الطَّلَبِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَالسَّلَامِ بِمَجْرَدِ وُجُوبِ الدَّفْعِ قَبْلَ الطَّلَبِ . فَإِنْ طُلِبَ مِنْهُ ، فَذَكَرَ أَنَّهُ غَائِبٌ عَنِ الْمَجْلِسِ ، فِي نَاحِيَةٍ مِنْ تَوَاحِي الْبَلَدِ ، أَوْ قَرِيبٌ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ ، يُمَكِّنُ لِحَضَارَتِهِ قَرِيبًا ، لَمْ يَجْزِ فَسْخُ الْكِتَابَةِ ، وَأُْمْهَلْ بِقَدَرِ مَا يَأْتِي بِهِ ، إِذَا طُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَسِيرٌ ، لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَطُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِئَسْبَغَهُ بِجِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أُمْهَلْ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ غَائِبًا أَكْثَرَ مِنْ / مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْإِمْهَالُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ ، أَوْ غَائِبٌ يَرْجُو قُدُومَهُ ، اسْتَوْنِي ^(١٤) يَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً ، لَا أَزِيدُهُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ آخِرُ حَدِّ الْقِلَّةِ وَالْقُرْبِ ؛ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِيمَا مَضَى ، وَمَازَادَ عَلَيْهَا فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ قَرِيبٌ بَعْضُهُ مِنْ بَعْضٍ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ ، وَاجِدًا الْمَالُ يُؤَدِّيهِ ، فَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَقَالَ ^(١٥) : قَدْ عَجَزْتُ ^(١٦) . فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ : يَمْلِكُ السَّيِّدُ فَسْخَ الْكِتَابَةِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ : وَإِذَا حَلَّ نَجْمٌ ، فَلَمْ يُؤَدِّهِ حَتَّى حَلَّ نَجْمٌ آخَرٌ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ إِنْ أَحَبَّ . فَعَلَّقَ جَوَازَ الْفَسْخِ عَلَى عَدَمِ الْأَدَاءِ . وَهَذَا ^(١٧) مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ جَعْفَرٍ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ

٢٤١/١١ و

(١٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ حَزْمٍ ، فِي : كِتَابِ الْكِتَابَةِ . الْمَحَلَّى ٢٩٢/١٠ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « فُلِم » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « اسْتَوْنِي » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « قَالَ » . وَفِي ١ : « أَوْ قَالَ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٧) فِي ب : « وَهُوَ » .

العَوَضُ . وهو قولُ أبي حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي . وقد ذكرنا هذا فيما تقدّم . فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ، ففيه رواية أخرى ، أنّه يصيرُ حُرّاً بِمِلْكِ ما يُودَى . وقد سبق ذكرُها .

فصل : وإذا حلَّ النّجْمُ والمكاتبُ غائبٍ بغيرِ إذنِ سيّده ، فله الفسخُ . وإن كان سافراً بإذنه ، لم يكنْ له أنْ يفسخَ ؛ لأنّه أذنَ في السّفَرِ المانعِ من الأداء ، ولكنْ يرفعُ أمره إلى الحاكم ، ^(١٨) ويثبتُ عنده حُلُولُ مالِ الكِتابة ، ليكتبَ الحاكمُ إلى المُكاتبِ ، فيعلمَ بما ثبتَ عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداءِ المالِ ، كتبَ بذلك إلى الحاكم ^(١٨) الكاتب ، ليَجْعَلَ للسيّدِ فسخَ الكِتابة . وإن كان قادراً على الأداء ، طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيّد ، ليودَى مالَ الكِتابة ، أو يوكلَ مَنْ يَفْعَلُ ذلك ، فإن فعله في أول حال الإمكان ، عند خروج القافلة ، إن كان لا يُمْكِنُهُ الخروجُ إلّا معها ، لم يجزِ الفسخُ ، وإن أخره عن حال الإمكان ، ومضى زمنُ المسير ^(١٩) ، ثبتَ للسيّدِ خيارُ الفسخِ . فإن ^(٢٠) وكلَّ السيّدُ في بلدِ المكاتبِ مَنْ يَقْبِضُ منه مالَ الكِتابة ، لزمه الدّفعُ إليه ، فإن امتنع من الدّفع ، ثبتَ للسيّدِ خيارُ الفسخِ ^(٢٠) . وإن كان قد جعلَ للوكيلِ الفسخَ عند امتناع المُكاتبِ من الدّفعِ إليه ، جاز ، وله الفسخُ إذا ثبتتْ وكالته بيّنة ، بحيث / يأمنُ المكاتبُ إنكارَ السيّدِ وكالته . ^{٢٤١/١١ ظ} وإن لم يثبتْ ذلك ، لم يلزمَ المكاتبُ الدّفعُ إليه ، وكان له عُذرٌ يَمْنَعُ جوازَ الفسخِ ؛ لأنّه لا يأمنُ أنْ يسلمَ إليه ، فينكرَ السيّدُ وكالته ، ويرجعَ على المُكاتبِ بالمالِ ، وسواء صدّقه في أنّه وكيلٌ أو كذّبه . وإن كتبَ حاكمُ البلد الذي فيه السيّد ، إلى حاكمِ البلد الذي فيه المُكاتبُ ، ليقبضَ منه المالَ ، لم يلزمه ذلك ؛ لأنّ هذا توكيلٌ لا يلزمُ الحاكمَ الدّخولَ فيه ، فإنَّ الحاكمَ لا يُكَلِّفُ القَبْضَ للبالغِ الرّشيدِ ، فإن اختارَ القَبْضَ ، جرى مجرى الوكيلِ ، ومتى قبضَ منه المالُ ، عتق .

فصل ^(٢١) : وإذا دفعَ العَوَضُ في الكِتابة ، فبان مُستحقّاً ، تبينَ أنّه لم يعتق ، وكان هذا

(١٨-١٨) سقط من : ١ ، ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : « السير » .

(٢٠-٢٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . نقل نظر .

(٢١) في الأصل ، م زيادة : « قال » .

الدَّفْعُ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَدَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ لَهُ : إِنْ أَذَيْتَ الْآنَ ، وَإِلَّا فُسِّحَتْ كِتَابَتُكَ . وَإِنْ كَانَ قَدَمَاتَ بَعْدَ الْأَدَاءِ ، فَقَدَمَاتُ عَبْدًا^(٢٢) ، فَإِنْ بَانَ مَعِيًّا ، مِثْلُ أَنْ كَاتَبَهُ عَلَى^(٢٣) عُرُوضٍ مَوْصُوفَةٍ^(٢٤) ، فَقَبَضَهَا ، فَأَصَابَ بِهَا عَيْنًا بَعْدَ قَبْضِهَا ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ وَأَمْسَكَهَا ، اسْتَقَرَّ الْعِتْقُ . فَإِنْ قِيلَ : كَيْفَ يَسْتَقَرُّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يُعْطَ جَمِيعَ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؟ فَإِنَّ مَا يُقَابِلُ الْعَيْبَ لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَشْرَةِ ، فَأَعْطَاهُ تِسْعَةً . قُلْنَا : إِمْسَاكُهُ الْمَعِيبِ^(٢٥) رَاضِيًّا بِهِ رَضَى مِنْهُ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِثْرَائِهِ مِنْ بَقِيَّةِ كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، وَأَخَذَ أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ رَدَّهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعِتْقُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرُّدُّ ، وَلَهُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِثْلَافٌ وَاسْتِهْلَاكٌ ، فَإِذَا حَكَمَ بُوُقُوعُهُ لَمْ يَبْطُلْ ، كَعَقْدِ الْخُلْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، فَأَشْبَهَ الْخُلْعَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَوَجَّهُ أَنَّ لَهُ الرُّدَّ ، وَيَحْكُمُ بَارْتِفَاعِ الْعِتْقِ الْوَاقِعِ ؛ لِأَنَّ / الْعِتْقَ إِنَّمَا يَسْتَقَرُّ^(٢٥) بِاسْتِقْرَارِ الْأَدَاءِ ، وَقَدْ ارْتَفَعَ الْأَدَاءُ ، فَارْتَفَعَ الْعِتْقُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالتَّرَاضِي ، فَوَجَبَ أَنْ يُفْسَخَ بُوُجُودُ الْعَيْبِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَبَيَّنَّ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ ، وَلِأَنَّنَا تَبَيَّنَّا أَنَّ ذِمَّتَهُ لَمْ تَبْرَأْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَعْتَقُ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَظَنُّ وَفُوقِ الْعِتْقِ لَا يُوقِعُهُ إِذَا بَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ ، كَالْوَبَانِ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا . وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ عِنْدَ السَّيِّدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهَا عِنْدَهُ عَيْبٌ ، اسْتَقَرَّ أَرْضُ الْعَيْبِ ، وَالْحَكْمُ فِي ارْتِفَاعِ الْعِتْقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَا مَضَى . وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ لَعَبْدِهِ : إِنْ أُعْطِيتَنِي عَبْدًا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَعْطَاهُ عَبْدًا ، فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَعْتَقُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ : إِنْ أُعْطِيتَنِي^(٢٦) مَلِكًا . وَلَمْ يُعْطِهِ إِلَّا بِأَهْ مَلِكًا ، وَلَمْ يُمْلِكْهُ إِلَّاهُ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « حَرَا » .

(٢٣-٢٤) فِي الْأَصْلِ : « عَوْضٌ مَوْصُوفٌ » .

(٢٤) فِي ب : « لِلْعَيْبِ » .

(٢٥) فِي م : « اسْتَقَرَّ » .

(٢٦) فِي ب ، م : « أُعْطِيْتَهُ » .

فصل : وإذا دفع إليه مال كتابته ^(٢٧) ظاهرًا ، فقال له السيد : أنت حر ^(٢٨) . وقال : هذا حر ^(٢٨) . ثم بان العوض مستحقًا ، لم يعتق بذلك ؛ لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء . فلو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه ، وأنكر السيد ، فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن الظاهر معه ^(٢٩) ، وهو أخبر بما نوى .

١٩٩٤ - مسألة : قال : (وما قبض من نجوم كتابته ، استقبل به ^(١) حولا)

وجملته أن ما يأخذه من نجوم كتابته ، كإل استفادته بكسب أو غيره ، فيملكه بأخذه ، ويستقبل به حولا ؛ لأنه لا يملك ما في يد مكاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ، ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب ؛ لأن ملكه عليه غير تام ، فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا ، كما لو أخذه من أجنبي .

١٩٩٥ - مسألة : قال : (وإذا جنى المكاتب ، يدي بجنايته قبل كتابته ، فإن عجز ، كان سيده مخيرا بين أن يفديه بقيمته / إن كانت أقل من جنايته ، أو يسلمه) ^{٢٤٢/١١ ط}

وجملة ذلك أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال ، تعلق أرضها برقبته ، ويؤدى من المال الذى فى يده . وهذا قال الحسن ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي ، ومالك ، والحسن بن صالح ، والشافعي ، وأبو ثور . وقال عطاء ، والنخعي ، وعمر بن دينار : جنايته على سيده . قال عطاء : ويرجع سيده بها عليه . وقال الزهري : إذا قتل رجلا خطأ ، كانت كتابته وولاه لولي المقتول ، إلا أن يفديه سيده . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لا يجنى جان إلا على نفسه » ^(١) . ولأنها جناية عبد ، فلم تجب في ذمة سيده ،

(٢٧) فى ب ، م : « الكتابة » .

(٢٨) - ٢٨ (سقط من : م .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(١) فى م : « بركاته » .

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء : دماؤكم وأموالكم عليكم حرام ، من أبواب الفتن ، وفى : باب تفسير سورة التوبة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٩/٤ ، ١١/٢٢٨ . وابن ماجه ، فى : باب : لا يجنى أحد على أحد ، من كتاب الدييات ، وفى : باب الخطبة يوم النحر ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٠ ، ١٠١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٤ .

كالقن . إذا ثبت هذا ، فإنه يندأ بأداء الجناية قبل الكتابة ، سواء حل عليه نجم أو لم يحل . وهذا المنصوص عليه عن أحمد ، والمعمول به في المذهب . وذكر أبو بكر قولاً آخر ، أن السيد يشارك ولي الجناية ، فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته ؛ لأنهما دينان ، فيتحاصنان ، كسائر الديون . ولنا ، أن أرض الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ، ولذلك قدمت على حق المالك ، وحق المُرتهن ، وغيرهما ، فوجب أن يقدم ههنا ، يحققه أن أرض جنائته مقدم^(٢) على ملك السيد في عبده ، فيجب تقديمه^(٣) على عوضه ، وهو مال الكتابة ، بطريق الأولى ؛ لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ، ودين الكتابة غير مستقر ، فإذا قدم على المستقر ، فعلى غيره أولى ، ولأن^(٤) أرض الجناية مستقر ، فيجب تقديمه على الكتابة التي ليست مستقرة . إذا ثبت هذا ، فإنه يقدي نفسه بأقل الأمرين ؛ من قيمته ، أو أرض جنائته ؛ لأنه إن كان أرض الجناية أقل ، فلا يلزمه أكثر من موجب جنائته ، وهو أرضها . وإن كان أكثر ، لم يكن عليه / أكثر من قيمته ؛ لأنه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذي تعلق به الأرض . فإن بدأ بدفع المال إلى ولي الجناية ، فوفى بما يلزمه من أرض الجناية ، وإلا باع الحاكم منه بما بقي من أرض الجناية ، وباقيه باق على كتابته . وإن اختار الفسخ ، فله ذلك ، ويعود عبداً غير مكاتب ، مشتركا بين السيد وبين المشتري . وإن أبقاه على الكتابة فأدّى ، عتق بالكتابة ، وسرى العتق إلى باقيه . وإن كان المكاتب موسراً ، يقوم عليه ، وإن كان معسراً ، عتق منه ما عتق ، وباقيه رقيق . وإن لم يكن في يده مال ، ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها ، بيع كله عليه^(٥) ، وبطلت كتابته . وإن بدأ بدفع المال إلى سيده ، نظرنا ؛ فإن كان ولي الجناية سأل الحاكم ، فحجر^(٦) على المكاتب ، ثبت الحجر^(٦) عليه ، وكان النظر فيه إلى الحاكم ، فلا يصح دفعه إلى سيده ، ويرتجعه الحاكم ، ويدفعه إلى ولي الجناية ، فإن

٢٤٣/١١ و

(٢) في الأصل ، ١ : « مقدمة » .

(٣) في الأصل ، ١ ، ب : « تقديمها » .

(٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥) في ١ ، ب ، م : « فيها » .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

وَقَى ، وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل . وإن لم يكن الحاكم حَجَرَ عليه ، صَحَّ دَفْعُهُ إِلَى السَّيِّدِ ^(٧) ؛ لَأَنَّهُ يَقْضَى حَقًّا عَلَيْهِ ، فجاز ، كَالَوْ قَضَى بَعْضُ غُرْمَائِهِ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، وَيَكُونُ الْأَرْضُ فِي ذِمَّتِهِ ، فَيُضْمَنُ مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَهُوَ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ وَاجِبًا بِالْجِنَايَةِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ بِذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلًّا الْاسْتِحْقَاقِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُ ، كَالَوْ قَتَلَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ ، فَدَاؤُهُ أَيْضًا بِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيمَا إِذَا فَدَا سَيِّدُهُ . قَوْلَانِ - يَعْنِي رِوَايَتَيْنِ - إِحْدَاهُمَا ، يَفْدِيهِ بِأَقْلِ الْأُمْرَيْنِ . وَالثَّانِيَةِ ، يَفْدِيهِ بِأَرْضِ جِنَايَتِهِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ .

فصل : وَإِذَا جَنَى الْمُكَائِبُ جِنَايَاتٍ ، تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ ، وَاسْتَوَى الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ فِي الِاسْتِيفَاءِ ، وَلَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُا تَعَلَّقَتْ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ . وَكَذَا إِنْ كَانَ بَعْضُهَا فِي حَالِ كِتَابَتِهِ ، وَبَعْضُهَا بَعْدَ تَعْجِيزِهِ ، فَهِيَ سَوَاءٌ . وَتَعَلَّقَ جَمِيعُهَا بِالرَّقَبَةِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلَوْلِيَّ الْجِنَايَةِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَتَبْطُلُ حُقُوقُ الْآخَرِينَ . وَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، صَارَ حُكْمُهُ حَكْمَ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ . فَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، اسْتَوْفَى ^(٨) الْبَاقُونَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، يَسْتَوْفِيهِ إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا تَرَاخُمُوا ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَتَرَاخَمَ الْبَاقُونَ ، كَالَوْ انْفَرَدُوا ، وَكَأَنَّ ^(٩) فِي الْوَصَايَا . فَإِنْ أَدَّى وَعَتَقَ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ ^(١٠) سَيِّدُهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَأَيُّهُمَا ^(١١) ضَمِينَ ، فَالوَاجِبُ عَلَيْهِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْجِنَايَةِ الْوَاحِدَةِ . وَلَأَنَّهُ لَوْ عَجَزَهُ الْغُرْمَاءُ ، وَعَادَ ^(١٢) قَتْلًا ، بَيْعَ ، وَتَحَاصُّوا فِي ثَمَنِهِ ^(١٣) ، كَذَلِكَ هَهُنَا . فَأَمَّا إِنْ عَجَزَهُ سَيِّدُهُ ، فَعَادَ قَتْلًا ، خَيْرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ ، وَتَسْلِيمِهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَفْدِيهِ بِأَقْلِ

(٧) فِي م : « سَيِّدُهُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « اسْتَوْفَى » .

(٩) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(١٠) فِي م : « عَتَقَهُ » .

(١١) فِي م : « وَأَيُّهَا » .

(١٢) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « الثَّمَنُ » .

الأمرين ، كالمو أعتقه أو قتله . والثانية ، يلزمه أرض الجنائيات كلها ، بالغة ما بلغت ؛ لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه ، فكان عليه جميع الأرض . ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله ؛ لأن المحل فيهما تلفت ماليته ، فلم يمكن تسليمه ، فلم يجب أكثر من قيمته ، والمحل باق ، وههنا يمكن تسليمه وبيعته . وإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ، ففيه وجهان ^(١٤) ؛ أحدهما ^(١٥) ، يفدى نفسه / بأقل الأمرين . والثاني ، بأرض الجنائيات ، بالغة ما بلغت ؛ لأن محل الأرض قائم غير تالف ، ويمكن تعجيز نفسه في كل جنائية ليباع ^(١٦) فيها ، فأشبهه ما لو عجزه سيده .

فصل : وإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس ، فالسيد خصمه فيها ؛ فإن كانت موجبة للقصاص ، وجب ، كما تجب على عبده القن ؛ لأن القصاص يجب للزجر ، فيحتاج إليه العبد في حق سيده ، وإن عفا على مال ، أو كانت موجبة للمال ابتداء ، وجب له ؛ لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي ، يصح أن يبايعه ، ويثبت له في ذمته المال والحقوق ، كذلك الجناية ^(١٧) . ويفدى نفسه بأقل الأمرين . في إحدى الروايتين . والأخرى ، يفديها بأرض الجناية ، بالغة ما بلغت . فإن وفى ما في يده بما عليه ، فليس يده مطلقاً به وأخذه ، وإن لم يف به ^(١٨) ، فليس يده تعجيزه ، فإذا عجزه ، فسسخ الكتابة ، سقط عنه مال الكتابة وأرض الجناية ؛ لأنه عاد عبداً فناً . ولا يثبت للسيد على عبده القن مال . وإن أعتقه سيده ، ولا مال في يده ، سقط الأرض ؛ لأنه كان متعلقاً برقيقته ، وقد أثلفها ، فسقط ^(١٩) . وإن كان في يده مال ، لم يسقط ^(٢٠) ؛ لأن الحق كان متعلقاً بالذمة ، وما في يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة ، بقى الحق متعلقاً بالمال ، فاستوفى منه ،

(١٤) في م : « روايتان » .

(١٥) في م : « إحداهما » .

(١٦) في م : « يباع » .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) في ب : « وسقط » .

(١٩) سقط من : الأصل .

كما لو عَتَقَ بالأداء . وهل يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، أو أَرْضُ الْجِنَايَةِ كُلُّهُ ؟ على وَجْهَيْنِ .
وَيَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ مُطَالَابَتَهُ بِأَرْضِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ أداءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لما ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ فِي حَقِّ
الْأَجْنَبِيِّ* . وَإِنْ اخْتَارَ تَأْخِيرَ الْأَرْضِ ، وَالْبَدَايَةَ بِقَبْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، جاز . وَيَعْتَقُ إِذَا قَبَضَ
مَالِ الْكِتَابَةِ كُلَّهُ . وقال أبو بكرٍ : لَا يَعْتَقُ بِالْأداءِ قَبْلَ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ لَوْجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَى
مَالِ الْكِتَابَةِ . وَلَنَا ، / أَنَّ الْحَقَّيْنِ جَمِيعًا لِلْسَّيِّدِ ، فَإِذَا تَرَضِيَ عَلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا عَلَى ٢٤٤/١١ ظ
الْآخَرِ ، جاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَلأنَّهُ لَوْ بَدَأَ بِأداءِ الْكِتَابَةِ قَبْلَ أَرْضِ
الْجِنَايَةِ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ عَتَقَ ، فَفِي حَقِّ السَّيِّدِ أَوْلَى ، وَلأنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ لَا يَلْزَمُ أدَاؤُهُ قَبْلَ
أَنْدِمالِ الْعُرْجِ ، فَيُمْكِنُ تَقْدِيمُ وَجُوبِ الأداءِ عَلَيْهِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَدَّى ،
عَتَقَ ، وَيَلْزَمُهُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، سَوَاءً كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بِسَبَبِ (٢٠) مِنْ
جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ مَا عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ؛ فَإِنَّهُ أَثْلَفَ مَحَلَّ حَقِّهِ ، وَهَهُنَا
بِخِلَافِهِ . وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، أَوْ جَمِيعُ الْأَرْضِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ
عَلَى نَفْسِ سَيِّدِهِ ، فَلِوَرَثَتِهِ الْقِصَاصُ فِي الْعَمْدِ ، أَوِ الْعَفْوُ (٢١) عَلَى (٢٢) مَالٍ . وَفِي الْخَطَأِ
الْمَالُ . وَفِيمَا يَفْدَى بِهِ نَفْسَهُ رَوَاتَانِ . وَحُكْمُ الْوَرِثَةِ مَعَ الْمُكَاتَبِ ، حُكْمُ سَيِّدِهِ مَعَهُ ؛
لأنَّ الْكِتَابَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ ، وَالْعَبْدُ لَوْ عَادَ قِتْنًا ، لَكَانَ لَهُمْ . وَإِنْ جَنَى عَلَى مَوْرُوثِ
سَيِّدِهِ (٢٣) ، (٢٤) فَوَرِثَتُهُ سَيِّدُهُ (٢٤) ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى سَيِّدِهِ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا (٢٥) اجْتَمَعَ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَرْضُ جِنَايَةٍ ، وَثَمَنُ مَبِيعٍ ، أَوْ عَوَضُ
فَرْضٍ (٢٦) ، أَوْ غَيْرُهُمَا مِنَ الدُّيُونِ مَعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَفِي يَدِهِ مَا (٢٧) يَفِي بِهَا ، فَلَهُ أَنْ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « لَسِبَ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « وَالْعَفْوُ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

(٢٣) فِي ١ : « نَفْسَهُ » .

(٢٤) - (٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي م : « وَإِنْ » .

(٢٦) فِي ١ : « مَرَضٌ » . وَفِي ب ، م : « فَرْضٌ » .

(٢٧) فِي م : « مَالٌ » .

يُودِّيَهَا ، وَيَبْدَأُ بِمَا شَاءَ مِنْهَا كَالْحَرِّ . وَإِنْ^(٢٨) لَمْ يَفِ بِهَا مَا فِي يَدِهِ ، وَكُلُّهَا حَالَةٌ ، وَلَمْ^(٢٩) يَحْجَرْ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، فَخَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْقَضَاءِ ، صَحَّ كَالْحَرِّ . وَإِنْ^(٣٠) كَانَ فِيهَا مُوَجَّلٌ ، فَعَجَّلَهُ بَغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّ تَعْجِيلَهُ تَبَرُّعٌ ، فَلَمْ يَجْزْ بَغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالِهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، جَازَ ، كَالِهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ التَّعْجِيلُ لِلْسَيِّدِ ، فَقَبُولُهُ بِمَنْزِلَةِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَدْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ غُرْمَائِهِ ، فَالْتَّظَرُّ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَإِنَّمَا يَحْجُرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِهِمْ ، فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ بَغَيْرِ سُؤَالِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَلَا يُسْتَوْفَى بَغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَإِنْ سَأَلَهُ سَيِّدُهُ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَمْ يُجِبْهُ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَلَا^(٣١) يَحْجُرُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرْمَاءِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ يَبْدَأُ بِقَضَاءِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، وَعَوَاضِ الْفَرَضِ^(٣٢) ، يُسَوَّى بَيْنَهُمَا ، وَيُقَدَّمُهُمَا عَلَى أَرْضِ الْجِنَايَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ مَحَلُّ الرَّقَبَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ مِمَّا فِي يَدِهِ ، اسْتَوْفَى مِنْ رَقَبَتِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاتَّفَقَ أَصْحَابُنَا ، وَالشَّافِعِيُّ ، عَلَى تَقْدِيمِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا مَضَى بَيَانُهُ .

فصل : وَإِذَا جَنَى بَعْضُ عِبِيدِ الْمُكَاتِبِ جِنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْمَالِ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ الْمَالَ ، أَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ ، أَوْ إِثْلَافَ مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتِبِ فِدَاؤُهُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شِرَائِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فِيهِ^(٣٣) سَيِّدُهُ . فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَبَرَّعُ^(٣٤) بِالزِّيَادَةِ . وَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ عَلَى قِيمَتِهِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ ، أَوْ يَفْدِيهِ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ مَلَكَ الْمُكَاتِبُ ابْنَهُ ، أَوْ بَعْضَ ذَوِي رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ ، أَوْ وَلَدَهُ وَلَدًا مِنْ

(٢٨-٢٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٩) سقطت الواو من : م ، ا .

(٣٠) في م : « فلم » .

(٣١) في ا ، ب ، م : « القرض » .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٣) في ب : « فليتبرع » . وفي م : « تبرع » .

أَمَّتِهِ ، فَجَنَى جَنَائَةً ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتِبِ فِدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَمَا يَفْدِي
غَيْرَهُ مِنْ عَبِيدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِمَالِهِ ، فَإِنَّ ذَوِي رَحِمِهِ لَيْسُوا بِمَالٍ لَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِمْ ، فَلَمْ يَجْزُ
لَهُ ^(٣٤) إِخْرَاجُ مَالِهِ ^(٣٥) فِي مُقَابَلَتِهِمْ ، وَلَا ^(٣٦) شِرَاءُهُمْ ، كَالْتَّبَرُّعِ ، وَيُفَارِقُ الْعَبْدَ الْأَجْنَبِيَّ ؛
فَإِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَهُ ^(٣٧) صَرْفُهُ فِي كِتَابَتِهِ ، فَكَانَ لَهُ ^(٣٨) فِدَاؤُهُ وَشِرَاؤُهُ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ .
وَلَكِنْ ^(٣٩) إِنْ كَانَ هَذَا الْجَانِبُ كَسَبًا ، فِدَى مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ / كَسَبٌ ، يَبِيعُ فِي ٢٤٥/١١ ظ
الْجَنَائَةِ ، إِنْ اسْتَعْرِفَتْ قِيَمَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَسْتَعْرِفْهَا ، يَبِيعُ بَعْضُهُ فِيهَا ، وَمَا بَقِيَ لِلْمُكَاتِبِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لَهُ جَنَى ، فَمَلَكٌ فِدَاؤُهُ ، كَسَائِرِ عَبِيدِهِ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ .
وَقَوْلُهُمْ : لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ . قُلْنَا : إِلَّا أَنْ كَسَبَهُ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ ^(٤٠) الْمُكَاتِبُ ، صَارَ رَقِيقًا
مَعَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ ، لَمْ يَتَضَرَّرَ السَّيِّدُ بِعَقْبِهِمْ ، وَانْتَفَعَ بِهِ الْمُكَاتِبُ ، وَإِذَا
دَارَ أَمْرُهُ بَيْنَ نَفْعٍ وَانْتِفَاءٍ ضَرَّرَ ، وَجَبَ أَنْ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ ، وَفَارَقَ التَّبَرُّعُ ، فَإِنَّهُ يُفَوِّتُ الْمَالَ عَلَى
السَّيِّدِ . فَإِنْ قِيلَ : بَلْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، وَهُوَ مُنْعُهُ مِنْ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ إِذَا صَرَفَ الْمَالَ فِيهِ ، وَلَمْ
يَقْدِرْ عَلَى صَرْفِهِ فِي الْكِتَابَةِ ، عَجَزَ عَنْهَا . قُلْنَا : هَذَا الضَّرَرُ لَا يُمْنَعُ الْمُكَاتِبُ مِنْهُ ؛ بِدَلِيلِ مَا
لَوْ تَرَكَ الْكَسْبَ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ ، وَلَا يُجْبَرُ
عَلَى كَسْبٍ وَلَا أَدَاءٍ ، فَكَذَلِكَ لَا يُمْنَعُ مِمَّا هُوَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَا مِمَّا يُفْضِي إِلَيْهِ ، وَلَئِنْ غَايَةَ
الضَّرَرِ فِي هَذَا ، الْمَنْعُ مِنْ ^(٤١) إِيْتِمَامِ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ إِيْتِمَامُهَا وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ تَرَكَ
الْكَسْبِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا فِيهِ نَفْعٌ لِلْسَّيِّدِ ؛ لِمَصْبِرِهِمْ عَبِيدًا
لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِلْمُكَاتِبِ ، بِإِعْتِاقِ وَلَدِهِ ، وَذَوِي رَحِمِهِ ، ^(٤٢) وَنَفْعًا لَهُمْ ^(٤٣)
بِالْإِعْتِاقِ ، عَلَى تَقْدِيرِ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا ^(٤٤) لَمْ يُمْنَعْ مِمَّا ^(٤٥) يُسَاوِيهِ فِي الْمَضَرَّةِ مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ فِيهِ ،

(٣٤-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٥) في م : « وَلَئِنْ » .

(٣٦) في ب : « وَلَوْ » .

(٣٧) سقط من : م .

(٣٨) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣٩) في ب ، م : « عَجَزَهُ » .

(٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١-٤٢) في م : « وَنَفْعُهُمْ » .

(٤٢) في ب : « مَا » .

فَلَا نَ لَا يُمْنَعُ مَا^(٤٣) فِيهِ نَفْعٌ لَزِيْمٌ لِأَحَدَى الْجِهَتَيْنِ أُولَى . وَوَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ يَدْخُلُ فِي كِتَابَتَيْهَا ، وَالْحُكْمُ فِي جِنَايَتِهِ كَالْحُكْمِ فِي وَلَدِ الْمُكَاتَبِ ، سَوَاءً .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُ عَبِيدِ الْمُكَاتَبِ عَلَى بَعْضٍ ، جِنَايَةً مُوجِبُهَا الْمَالُ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ مَالٌ . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا قِصَاصًا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَيْسَ^(٤٤) لَهُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِمَالِهِ بِاخْتِيَارِهِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو الْحَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ / الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مَلِكِهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَوْفِهِ ، أَفْضَى إِلَى إِقْدَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَا يَثْبُتُ لَهُ فِي رَقَبَةِ عَبْدِهِ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي مِنْ عَبْدِهِ ابْنَهُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ قَبْلَ جِنَايَتِهِ ، فَيَسْتَفِيدُ بِالْجِنَايَةِ مَلِكًا يَبِيعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْضٌ^(٤٥) ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِالرَّهْنِ ، إِذَا جَنَى عَلَى رَاهِنِهِ .

فصل : وَإِنْ جَنَى عَبْدُ الْمُكَاتَبِ عَلَيْهِ جِنَايَةً مُوجِبُهَا الْمَالُ ، كَانَتْ هَذَرًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا الْقِصَاصُ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ ، إِنْ كَانَ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يُقْتَصُّ^(٤٥) مِنْهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَالُ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي أَبَاهُ ، لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بَوْلَدِهِ . وَإِنْ جَنَى الْمُكَاتَبُ عَلَيْهِ ، لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ لِعَبْدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْأَبِ مَعَهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ وَالتَّصَرُّفَ فِيهِ ، وَجُعِلَتْ حُرِّيَّتُهُ مَوْقُوفَةً عَلَى حُرِّيَّتِهِ . قَالَ : وَلَا نَعْلَمُ مَوْضِعًا يَقْتَصُّ فِيهِ الْمَمْلُوكُ مِنْ مَالِكِهِ سِوَى هَذَا الْمَوْضِعِ .

فصل : وَإِذَا^(٤٦) جُنِيَ عَلَى الْمُكَاتَبِ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ لَهُ ، دُونَ

(٤٣) فِي : « بَمَا » . وَفِي ب : « مَا » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَقْصُ » .

(٤٦) فِي ب : « وَإِنْ » .

سَيِّدِهِ، لثَلَاثَةِ مَعَانٍ؛ أَحَدُهَا، أَنَّ كَسْبَهُ لَهُ، وَذَلِكَ عَوَضٌ عَمَّا يَتَعَطَّلُ بِقَطْعِ يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ .
وَالثَّانِي ، أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ ، لِتَعَلُّقِهِ بِبَعْضِ مِنْ أَعْضَائِهَا ، كَذَلِكَ يَدُلُّ
الْعُضْوُ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ السَّيِّدَ يَأْخُذُ مَالِ الْكِتَابَةِ بِدَلَالَةٍ عَنْ نَفْسِ الْمُكَاتَبِ ^(٤٧) ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ
يَسْتَحِقَّ عَنْهُ عَوَضًا / آخَرُ . ثُمَّ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْجَانِي
سَيِّدَهُ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِمَعْنِيَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ حُرٌّ ، وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ
مَالِكُهُ ، وَلَا يُقْتَصُّ مِنَ الْمَالِكِ لِمَمْلُوكِهِ ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْأَرشُ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا بِإِذْمَالِ
الْجُرْحِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْجِنَايَاتِ ^(٤٨) . وَلَئِنَّهُ قَبْلَ الْإِذْمَالِ لَا تُؤْمَنُ سِرَايَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ ،
فَيَسْقُطُ أَرشُهُ . فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ^(٤٩) سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ،
وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَقْلَةِ . وَإِنْ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ، وَجَبَ أَرشُهُ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ . فَإِنْ كَانَ مِنْ
جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ
كَانَ النَّجْمُ لَمْ يَحِلَّ ، لَمْ يَتَقَاصَ ، وَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَسْتَحِقُّهُ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ
يَجْعَلَ أَحَدُهُمَا عَوَضًا عَنِ الْآخَرِ ، وَكَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فَإِنْ
قَبَضَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ ، عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ ، جَازَ . وَإِنْ رَضِيَ الْمُكَاتَبُ
بَتَعْجِيلِ الْوَاجِبِ لَهُ عَنْ مَا لَمْ يَحِلَّ مِنْ نُجُومِهِ ، جَازَ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ .
الْحَالُ الثَّانِي ، إِذَا كَانَ الْجَانِي أَجْنَبِيًّا حُرًّا ، فَلَا قِصَاصَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ،
وَلَكِنْ يُنْظَرُ ؛ إِنْ سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَلَى الْجَانِي قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ،
وَإِنْ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ، فَعَلَيْهِ أَرشُهُ لَهُ . فَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةُ ، وَعَتَّقَ ، ثُمَّ سَرَى الْجُرْحُ إِلَى
نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ دِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الضَّمَانِ بِحَالَةِ الْاسْتِقْرَارِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ . فَإِنْ كَانَ
الْجَانِي السَّيِّدَ ، أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ ، لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ لَا يَرِثُ ، وَيَكُونُ لِبَيْتِ
الْمَالِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ . وَمَنْ اعْتَبَرَ الْجِنَايَةَ بِحَالَةِ ابْتِدَائِهَا ، أَوْجَبَ عَلَى الْجَانِي قِيمَتَهُ ،
وَيَكُونُ لَوَرَثَتِهِ أَيْضًا . الْحَالُ الثَّالِثُ ، إِذَا كَانَ الْجَانِي عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا ، فَإِنْ كَانَ / مُوجِبُ
الْجِنَايَةِ الْقِصَاصَ ، وَكَانَتْ عَلَى النَّفْسِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقِصَاصِ

(٤٧) فِي م : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٨) تَقْدِمُ فِي : ٥٦٣ / ١١ .

(٤٩) فِي ب : « إِذَا » .

والعفو على مالٍ يتعلّق برقبة الجاني . وإن كانت فيما دون النفس ، مثل أن يقطع يده أو رجله ، فللمكاتب استيفاء القصاص ، وليس لسيّده منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه . وإن عفا على مالٍ ، ثبت له . وإن عفا مطلقاً ، أو إلى غير مالٍ ، أثبت ذلك على الروايتين في موجب العمد ؛ إن قلنا : موجب القصاص عيناً . صح ، ولم يثبت له مالٌ ، وليس للسيّد مطالبة باشتراط مالٍ ؛ لأن ذلك تكسّب ، ولا يملك السيّد إجباره على الكسب . وإن قلنا : الواجب أحد أمرين . ثبت له دية الجرح ؛ لأنّه لما سقط القصاص ، تعيّن المال ، ولا يصحّ عفوّه عن المال ؛ لأنّه لا يملك التبرّع به^(٥٠) . وبغير إذن سيّده . وإن صالح على بعض الأرض ، فحكمه حكم المعفو عنه^(٥١) إلى غير مالٍ .

فصل : وإذامات المكاتب ، وعليه ديون ، وأروش جنایات ، ولم يكن ملك ما يؤدّي في كتابته ، أنفسحت كتابته^(٥٢) ، وسقط أروش الجنایات ؛ لأنّها متعلّقة برقبة وقد تلفت ، ويستوفى دينه ممّا كان في يده ، فإن لم يف بها ، سقط الباقي . قال أحمد : ليس على سيّده قضاء دينه ، هذا كان يسعى لنفسه . وإن كان قد ملك ما يؤدّي في كتابته ، أثبت ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤدّيه ، وقد ذكرنا فيه روايتين ، الظاهر منهما أنّه لا يعتق بذلك ، فتفسخ الكتابة أيضا ، ويبدأ بقضاء الدين ، على ما ذكرنا في الحال الأول . وهذا قول زيد بن ثابت ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، وشريح ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وأبي الزناد ، ويحيى الأنصاري ، وربيعه / ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة ، والشافعي . والرواية الثانية ، أنّه إذا ملك ما يؤدّي ، فقد صار حُرّاً . فعلى هذا ، يضرب السيّد مع الغرماء بما حلّ من نجومه . وروى نحو^(٥٣) هذا عن^(٥٤) شريح ، والنخعي ، والشعبي ، والحكم ، وحماد ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ؛ لأنّه دين له حال ، فيضرب به كسائر الديون . ويجيء على قول من قال : إن

(٥٠) سقط من : ب .

(٥١-٥٢) في ١ ، ب ، م : « العفو » .

(٥٢) في الأصل ، ١ : « الكتابة » .

(٥٣) سقط من : ١ .

الدَّيْنِ يَجُلُّ بِالْمَوْتِ . أَنْ يَضْرِبَ بِجَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حَالًا . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، الَّذِي نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَنَا مَنْصُورٌ وَسَعِيدٌ ، عَنْ قَتَادَةَ ، قَالَ : ذَكَرْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَوْلَ شُرَيْحٍ فِي الْمُكَاتِبِ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبَقِيَّةٌ مِنْ مَكَاتِبِهِ ، فَقُلْتُ : إِنَّ شُرَيْحًا قَضَى أَنَّ مَوْلَاهُ يَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ . فَقَالَ سَعِيدٌ : أَخْطَأَ شُرَيْحٌ ، قَضَى زَيْدٌ بِالَّذِينَ قَبْلَ الْمَكَاتِبَةِ^(٥٤) .

١٩٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَاتِبُهُ ، ثُمَّ دَبَّرَهُ ، فَإِذَا أَدَّى ، صَارَ حُرًّا ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ ، إِنْ حَمَلَ الثَّلَثَ ، مَا بَقِيَ عَلَيْهِ^(١) مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِمَقْدَارِ الثَّلَثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِمَقْدَارِ مَا عَتَقَ ، وَكَانَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ تَدْبِيرَ الْمُكَاتِبِ صَحِيحٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ عَنِ بَصِفَةٍ ، وَهُوَ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ ، وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِإِعْتَاقِهِ ، وَهُوَ يَمْلِكُهُ . فَعِنْدَ هَذَا ، إِنْ أَدَّى عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْعَتَقِ ، وَيَبْطُلُ التَّدْبِيرُ لِلْغَنَى عَنْهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَفُسِّحَتِ الْكِتَابَةُ ، بَطَلَتْ كِتَابَتُهُ ، وَصَارَ مُدَبِّرًا غَيْرَ مُكَاتِبٍ . فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَثِ ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَدَائِهِ وَعَجَزَ ، عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ ، إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَثَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ / الثَّلَثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ؛ لِأَنَّ مَالَ ٢٤٨/١١ وَالْكِتَابَةَ عَوَظٌ عَنْهُ ، فَإِذَا عَتَقَ نَصْفَهُ ، وَجَبَ أَنْ يَسْقُطَ نِصْفُ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ الْكِتَابَةُ إِلَّا فِي نِصْفِهِ ، فَلَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ بِعَجْزِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ ،

(٥٤) ف : م : « : الْكِتَابَةُ » .

وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ إِفْلَاسِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ١٠ / ٣٣٢ ، ٣٣٣ . وَبَعْدَ الرِّزَاقِ ، فِي : بَابِ إِفْلَاسِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . الْمُصَنَّفُ ٨ / ٤١٣ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتِبِ يَمُوتُ وَيَتْرَكَ دِينَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٦ / ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

فكان ما في يده لسيده ، كغير المكاتب . والصحيح الأول ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه مكاتب برى من مال الكتابة ، فعق بذلك ، وكان ما في يده له ، كما لو أبراه سيده . يحققه أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ، ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل لملك سيده عنه ، فيبقى ملكه ، كما لو عتق بالأداء .

فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت بعد موتى ، فانت حر . فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت . وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى . فإن قلنا ^(٢) : لا يصح . فلا كلام . وإن قلنا : يصح . فمتى عجز بعد الموت ، صار حراً بالصفة ، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم ، لم يعتق ؛ لأنه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ، ومعه ما يؤدّيه ، لم يصح قوله ؛ لأنه ليس بعاجز . وإن لم يكن معه مال ظاهر ، فصداقه الورثة ، عتق ، وإن كذبوه ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم المال وعجزه ، فإذا حلف عتق . وإذا عتق بهذه الصفة ، كان ما في يده له ، إن لم تكن كتابته فسيحت ؛ لأن العجز لا تنسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحرية تحصل به ^(٣) بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته ، فيكون ما في يده له ، كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة . ومقتضى قول بعض أصحابنا ، أن تبطل / كتابته ، ويكون ما بيده لورثة سيده .

فصل : وإذا كاتب عبداً له ^(٤) في صحته ، ثم أعتقه في مرض موته ، أو أبراه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته ، أو مال كتابته ، عتق ، مثل أن يكون له سبوى المكاتب مائتان ، وقيمة المكاتب مائة ، ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهي تخرج من الثلث . ولو كان مال الكتابة مائة ، وقيمته مائة وخمسون ، اعتبرنا مال الكتابة ، ونفذ العتق ، ونعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها . وإنما اعتبرنا الأقل ؛ لأن قيمته إن كانت أقل ، فهي قيمة ما أئلف بالإعتاق ، ومال

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) سقط من : الأصل ، م ، ا .

الكتابية ما استقرَّ عليه ، فإنَّ للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه ، أو يمتنع من أدائه ، فلا يُجبرُ عليه ، فلم يُحتسب له به . وإن كان عوضُ الكتابة أقلَّ ، اعتبرناه ؛ لأنَّه يعتق بأدائه ، ولا يستحقُّ السيّد عليه سواه ، وقد ضُعف ملكه فيه ، وصار عوضه . وإن كان كلُّ واحدٍ منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله ^(٥) سوى المكاتب ^(٦) مائةً ، فإننا نضمُّ الأقلَّ من قيمته أو مالَ كتابته إلى ماله ، ونعملُ بحسابه ، فيعتق منه ثلثاؤه ، ويبقى ثلثه بثلث مالِ الكتابة ، فإنَّ أداه ، عتق ، وإلا رَقَّ منه ثلثه . ويحتملُ أنه إذا كان مالُ الكتابة مائةً وخمسين ، فيبقى ^(٧) ثلثه بخمسين ^(٨) ، فأداه ، أن يقول : قد زاد مالُ الميِّت . لأنَّه حُسِبَ على الورثة بمائةً ، وقد ^(٩) حصل لهم بثلثه خمسون ، فقد زاد مالُ ^(١٠) الميِّت ، فينبغي أن يزيد بما يعتق ^(١١) منه ؛ لأنَّ هذا المالَ يحصلُ لهم بعقد السيّد ، والإرث عنه . ويجب أن يكون المُعتبر من مالِ الكتابة ثلاثة أرباعه ؛ لأنَّ رُبْعَهُ يجبُ إيتاؤه للمُكاتب ، فلا يُحسب من مالِ الميِّت . فعلى هذا ، إذا كان ثلاثة أرباع مالِ المُكاتب ^(١٢) مائةً وخمسين ، / وقيمةُ العبد مائةً ، وللميِّت مائةٌ أخرى ، عتق من العبد ثلثاؤه ، وحصل للورثة ^(١٣) من كتابة العبد خمسون ، عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زاد لهم ثلثُ الخمسين ، فيعتق من العبد قدرُ ثلثها ، وهو تسعُ الخمسين ، وذلك نصفُ تسعِهِ ، فصار العتق ثابِتًا في ثلثه ^(١٤) ، ونصفُ تسعِهِ ، وحصل للورثة المائة ، وثمانيةُ أسباعِ الخمسين ، وهو مثلاً ما عتق منه . فإن قيل : لم أعتقتم بعضه ، وقد بقي عليه بعضُ مالِ الكتابة ، وقد قلتم : إنَّ المُكاتب لا يعتق منه شيءٌ حتى يؤدَّى جميعَ مالِ الكتابة ؟ قلنا :

(٥) في ب : « مال » .

(٦) في م زيادة : « قيمته » .

(٧) في الأصل ، أ : « فبقى » .

(٨) في الأصل : « وخمسين » .

(٩) سقطت : « قد » من : أ ، ب ، م .

(١٠) في ب : « على » .

(١١) في م : « عتق » .

(١٢) في أ ، ب : « الكتابة » .

(١٣) في الأصل ، أ : « ثلثه » .

إِنَّمَا^(١٤) أَعْتَقْنَا بَعْضَهُ هَهُنَا بِإِعْتِقِ سَيِّدِهِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَمَّا كَانَ الْعِتْقُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، نَفَذَ فِي ثُلْثِ مَالِهِ ، وَبَقِيَ بَاقِيَهُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي لَا يَعْتِقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ ، إِذَا كَانَ عِتْقُهُ بِهَا ، لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، فَمَا حَصَلَ الْاسْتِيفَاءُ ، وَيَخْصُ^(١٥) الْمُعَاوَضَةُ ، فَلَمْ تَثْبُتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْعَوْضِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى سَيِّدُهُ بِإِعْتَاقِهِ ، أَوْ إِبْرَائِهِ مِنَ الْكِتَابَةِ ، وَكَانَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مَالِ كِتَابَتِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيهَا إِذَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ أُبْرَاهُ ، إِلَّا أَنَّهُ يَخْتِاجُ هَهُنَا إِلَى إِقْبَاعِ الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجِ الْأَقْلُ مِنْهُمَا مِنْ ثُلْثِهِ ، عَتَقَ^(١٦) مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، وَيَسْقُطُ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَبَقِيَ بَاقِيَهُ عَلَى بَاقِي الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَاهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، وَرَقَّ الْبَاقِي . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يَتَنَجَّزَ عِتْقُ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، كَقَوْلِنَا^(١٧) فِي مَنْ دَبَّرَ عَبْدًا^(١٨) وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ : إِنَّهُ يَعْتِقُ ثُلْثَهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرَثَةِ فِي الْحَالِ شَيْءٌ . وَلَأنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ مُتَحَقِّقُ الْحَصُولِ ، فَإِنَّهُ إِنْ أَدَّى ، وَإِلَّا عَادَ^(١٩) الْبَاقِي قَنًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لَا يَتَنَجَّزُ عِتْقُ شَيْءٍ مِنْهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمِيَّتِ مَالٌ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَجَّزُ لِلْوَصِيَّةِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَيَتَأَخَّرُ حَقُّ الْوَارِثِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ حَاضِرٌ ، لَمْ تَتَنَجَّزْ وَصِيَّتُهُ مِنَ الْحَاضِرِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا الْحَاضِرُ وَالْغَائِبُ ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ مُوصًى^(٢٠) لَهُ بِالْحَاضِرِ ، أَخَذَ ثُلْثَهُ فِي الْحَالِ ، وَوَقَّفَ الْبَاقِي عَلَى قُدُومِ الْغَائِبِ ، فَقَدْ حَصَلَ لِلْمُوصَى^(٢١) لَهُ ثُلْثُ^(٢٢) الْحَاضِرِ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرَثَةِ شَيْءٌ فِي

ظ ٢٤٩/١١

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ١ : « ويخص » . وفي ب ، م : « ويختص » .

(١٦) في م : « أعتق » .

(١٧) في الأصل : « لقولنا » .

(١٨) في م زيادة : « له » .

(١٩) في الأصل : « أعاد » .

(٢٠) في م : « أوصى » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م : « ثلثه » .

الحال ، فهو كَمَسْأَلَتِنَا ، ولم يكْمُلْ له جميعُ وصِيَّتِهِ ؛ لأنَّ الغائبَ غيرُ موثوقٍ بحصوله ، فَإِنَّهُ رَبَّمَا تَلَفَ ، بخلافِ ما نحنُ فيه . فأما الزيادةُ الحاصلةُ بزيادةِ مالِ الكتابةِ ، فإنَّهَا تَقِفُ على أداءِ مالِ الكتابةِ .

١٩٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ادَّعَى الْمَكَاتِبُ ^(١) وَفَاءَ كِتَابَتِهِ ، وَأَتَى بِشَاهِدٍ ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَصَارَ خَرًّا)

وهذا قولُ الشافعيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ؛ لأنَّ النزاعَ بينهما في أداءِ المالِ ، والمالُ يُقْبَلُ فيه الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ . فَإِنْ قِيلَ : الْقَصْدُ بِهذهِ الشَّهَادَةِ الْعِتْقُ ، وهو ^(٢) مِمَّا لَا ^(٣) يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . قُلْنَا : بَلْ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، في رِوَايَةٍ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ ، لكنِ الشَّهَادَةُ هُنَا إِنَّمَا هِيَ بِأَدَاءِ الْمَالِ ، وَالْعِتْقُ يَحْصُلُ عِنْدَ أَدَائِهِ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، ولم يشْهَدِ الشَّاهِدُ بِهِ ، ولا بَيْنَهُمَا فِيهِ نِزَاعٌ ، ولا يَمْتَنِعُ أَنْ يَثْبُتَ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَمْرٌ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، كما أَنَّ الْوِلَادَةَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا ثُبُوتُ النَّسَبِ ، الذي لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، ولا بِشَهَادَةِ ^(٤) وَاحِدٍ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ شَاهِدٌ ، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ : لِي شَاهِدٌ غَائِبٌ . أَنْظَرَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا حَلَفَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ مَتَى جَاءَ شَاهِدُهُ ، وَأَدَّى الشَّهَادَةَ ، ثَبَّتَتْ حُرِّيَّتُهُ . وَإِنْ جَاءَ بِشَاهِدٍ فَجَرَحَ ، فَقَالَ : لِي شَاهِدٌ غَائِبٌ ^(٥) عَدَلٌ . أَنْظَرَ ثَلَاثًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِقَبْضِ / مالِ الكتابةِ ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، إِذَا كَانَ مَمَّنْ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ . ٢٥٠/١١ و
وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَغَيْرِ وَارِثٍ ، وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لَغَيْرِ وَارِثِهِ مَقْبُولٌ . وَإِذَا قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي كُلَّهَا . عَتَقَ الْعَبْدُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُهَا كُلَّهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَإِنْ ^(٥) شَاءَ زَيْدٌ . عَتَقَ ، وَلَمْ يُؤَثِّرِ الْاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْاسْتِثْنَاءَ لَا

(١) في ١ ، ب : « العبد » .

(٢-٢) في ب ، م : « مال » .

(٣) في ب ، م : « بشاهد » .

(٤) سقط من : ١ ، ب .

(٥) في ١ : « أو إن » .

مَدْخَلَ لَهُ فِي الْإِقْرَارِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى الْفِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . كَانَ مُقِرًّا بِهَا . وَلَئِنْ هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ تَعْلِيلٌ بِشَرْطٍ ، وَالَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ إِنَّمَا هُوَ الْمُسْتَقْبَلُ ، وَأَمَّا الْمَاضِي ، فَلَا يُمَكِّنُ تَعْلِيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ لَا يَتَغَيَّرُ عَنْهَا بِالشَّرْطِ ، وَإِنَّمَا يَدُلُّ الشَّرْطُ فِيهِ عَلَى الشُّكِّ فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي ، وَأَنَا أَشْكُ فِيهِ . فَيَلْعَوُ الشُّكُّ ، وَيَثْبُتُ الْإِقْرَارُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ آخِرَ كِتَابَتِي . وَقَالَ : إِنَّمَا أَرَدْتُ أَنِّي اسْتَوْفَيْتُ التَّجَمُّ الْآخِرَ دُونَ مَا قَبْلَهُ . وَادَّعَى الْعَبْدُ إِقْرَارَهُ بِاسْتِيفَاءِ الْكُلِّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفَ بِمُرَادِهِ .

فصل : وَإِذَا أَبْرَأَ السَّيِّدُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، بَرِيٌّ ، وَعَتَقَ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ خَلَتْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَدَّاهُ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْ بَعْضِهِ ، بَرِيٌّ مِنْهُ كُلَّهُ ^(٦) ، وَكَانَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ كَالْأَدَاءِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى ذَنْبٍ نَزِيرٍ ، فَأَبْرَأَهُ مِنْ دَرَاهِمٍ ، أَوْ عَلَى دَرَاهِمٍ ، فَأَبْرَأَهُ مِنْ ذَنْبٍ نَزِيرٍ ، لَمْ تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِمَّا لِيَ عَلَيْكَ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمُكَاتَبُ : إِنَّمَا أَرَدْتُ مِنْ قِيمَةِ ذَلِكَ . وَقَالَ السَّيِّدُ : بَلْ ^(٧) ظَنَنْتُ أَنَّ لِي عَلَيْكَ التَّقْدَ الَّذِي أَبْرَأْتُكَ مِنْهُ ، فَلَمْ تَقْعِ الْبَرَاءَةُ مُوضِعَهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ، مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفَ ^(٨) بِنَيْتِهِ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَاخْتَلَفَ الْمُكَاتَبُ مَعَ وَرَثَتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَوْرُوثَهُمْ أَرَادَ ذَلِكَ . وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ ، وَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُ وَسَيِّدُهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٢٥٠/١١ ط ١٩٩٨ — مسألة ؛ قَالَ : (وَلَا يُكْفَرُ الْمُكَاتَبُ / بِغَيْرِ الصَّوْمِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ ، أَوْ جَمَاعٍ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ ، أَوْ قَتَلَ ، أَوْ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ، وَلِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْمُعْسِرِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا تَلَزُمُهُ زَكَاةٌ ، وَلَا نَفَقَةٌ قَرِيبٌ ، وَلَهُ اخْذُ الزَّكَاةِ لِحَاجَتِهِ ، وَكَفَّارَةُ الْعَبْدِ وَالْمُعْسِرِ الصَّيَّامُ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ ، وَيَجُوزُ لَهُ التَّبَرُّعُ بِأَذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، وَقَدْ أَذِنَ فِيهِ ^(٩) . وَلَا يَلْزُمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ، إِذَا أَذِنَ فِيهِ ^(١٠) السَّيِّدُ ؛

(٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٧) سقط من : ب .

(٨) في م : « اعترف » .

(٩-١٠) سقط من : الأصل . نقل نظر .

لأن عليه ضرراً فيه ، لما يُفَضَى إليه من تَفْوِيْتِ حُرِّيَّتِهِ ، كما أَنَّ التَّبَرُّعَ لَا يَلْزَمُهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .
وقال القاضي : المُكَاتِبُ كالْعَبْدِ الْقَنَّ فِي التَّكْفِيرِ ، ومتى أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ ^(١) فِي التَّكْفِيرِ ^(٢)
بِالْمَالِ ، انْبَنَى عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ؛ ^(٣) فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ . لم يَصِحَّ تَكْفِيرُهُ
بِعَتَقٍ وَلَا إِطْعَامٍ وَلَا كِسْوَةٍ ، سَوَاءٌ مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ^(٤) أَوْ لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ فِيهِ أَوْ لَمْ يَأْذِنْ ؛ لِأَنَّهُ
يَكْفُرُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ . صَحَّ تَكْفِيرُهُ بِالطَّعَامِ
إِذَا أَذِنَ فِيهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التَّكْفِيرِ بِالْعَتَقِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي
تَكْفِيرِ الْعَبْدِ ^(٥) . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا التَّفْصِيلَ لَا يَتَوَجَّهُ فِي الْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَالَ ،
بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَإِنَّمَا مَلَكَهُ نَاقِصٌ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِ ، فَإِذَا أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ، صَحَّ ،
كَالتَّبَرُّعِ .

١٩٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَدَ الْمُكَاتِبَةِ الَّذِينَ وَلَدَتْهُمْ فِي الْكِتَابَةِ ، يَعْتَقُونَ
بِعِتْقِهَا)

وجملته أَنَّهُ يَصِحُّ مُكَاتِبَةُ الْأَمَةِ ، كَمَا تَصِحُّ مُكَاتِبَةُ الْعَبْدِ . لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِيهِ .
وقد دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ بَرِيرَةَ ^(١) ، وَحَدِيثُ جُوَيْرِيَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ ^(٢) . وَلِأَنَّهَا دَاخِلَةٌ فِي عُمُومِ
قَوْلِهِ : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ
خَيْرًا ﴾ . وَلِأَنَّهَا يُمَكِّنُهَا التَّكْسِبُ وَالْأَدَاءُ ، فَهِيَ كَالْعَبْدِ . وَإِذَا أَنْتِ الْمُكَاتِبَةُ بَوَلَدْتَ مِنْ
غَيْرِ سَيِّدِهَا ، إِمَّا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ تَابِعٌ لَهَا ، مَوْقُوفٌ عَلَى عِتْقِهَا / ، فَإِنْ عَتَقَتْ
بِالْأَدَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ ، عَتَقَتْ ، وَإِنْ فُسِّحَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَتْ إِلَى الرَّقِّ ، عَادَ رَقِيقًا . وَهَذَا
قَوْلُ شَرِيحٍ ، وَمَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَا كَانَ حَمَلًا
حَالِ الْكِتَابَةِ ، وَمَا حَدَثَ بَعْدَهَا . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هُوَ عَبْدٌ قَرْنٌ ، لَا يَتَّبِعُ أُمَّهُ .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ : « بِالتَّكْفِيرِ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤) تَقْدِمُ فِي : ١٠٦/١١ .

(١) تَقْدِمُ تَخْرِيجَ حَدِيثِ بَرِيرَةَ ، فِي : ٣٢٩/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ ، فِي : صَفْحَةُ ٤٤٣ .

وللشافعي قولان ، كالمذهبيين . واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد ، فلا تسرى إلى الولد ، كالتعليق بالصفة . ولنا ، أن الكتابة سبب ثابت للعتيق ، لا يجوز إبطاله ، فسرى إلى الولد ، كالأستيلاذ ، ويفارق التعليق بالصفة ، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع . إذا ثبت هذا ، فالكلام في الولد في فصول أربعة ؛ في قيمته إذا أثلف^(٣) ،^(٤) وفي كسبه ، وفي نفقته ، وفي عتيقه . أمّا قيمته إذا أثلف^(٥) ، فقال أبو بكر : هو لأمه ، تستعين بها على كتابتها ؛ لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً ، فلا يستحق قيمته ، ولأنه بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها ، كان أرضه لها ، كذلك ولدها ، وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه ؛ لأن الحق لا يخرج عنهما ، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء فقتل^(٥) كانت قيمته لها ، فكذلك إذا تبعتها .^(٦) يحقّقه أنه إذا تبعتها^(٧) ، صار حكمه حكمها ، فلا يثبت ملك السيد في منافعها ، ولا في أرض الجناية عليه ، كما لا يثبت له ذلك فيها . وقال الشافعي ، في أحد قوليه : تكون القيمة لسيدّها ؛ لأنها لو قُتلت ، كانت قيمتها لسيدّها ، فكذلك ولدها . والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها ، فيصير مالها لسيدّها ، بخلاف ولدها ؛ فإن العقد باق بعد قتلها ، فنظير هذا إثلاف بعض أعضائها . والحكم في إثلاف بعض أعضائها^(٨) ، كالحكم في إثلافه . وأمّا كسبه ، وأرض الجناية عليه ، فينبغي أيضاً أن يكون لأمه ؛ لأن ولدها جزء منها ، تابع لها ، فأشبهه بقية أجزائها ، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعتيقه ، وحصول الحرية له ، فينبغي أن يُصرف ذلك^(٩) فيه^(١٠) ، بمنزلة صرفه إليه ، إذ في عجزها رقه^(١١) ، وفوات كسبه عليه ، وأمّا نفقته / فعلى

(٣) في ب ، م : « تلف » .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر . وفي م : « تلف » . مكان « أثلف » .

(٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٦) في م : « لو » .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) في م : « أعضائها » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في زيادة : « لأن صرفه فيه » .

(١١) سقط من : الأصل .

أُمّه ؛ لَأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِكَسْبِهِ ، وَكَسْبُهُ لَهَا ، فَتَقَفَتْ عَلَيْهَا . وَأَمَّا عِنْتُهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا أَوْ إِبْرَائِئِهَا ، وَيَرِيقُ بَعْجَرِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا . وَإِنْ مَاتَتِ الْمُكَاتِبَةُ عَلَى كِتَابَتِهَا ، بَطَلَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَ رَقِيقًا قِنًا ، إِلَّا أَنْ تُخْلَفَ وَفَاءً ، فَيَكُونُ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ . وَإِنْ أُعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، لَمْ يَعْتَقْ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَبِعَهَا فِي حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ الْعِنْتُ بِالْأَدَاءِ ، وَمَا حَصَلَ الْأَدَاءُ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ عِنْتُهَا بِأَمْرِ لَا يَتَّبِعُهَا فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَمْ تَكُنْ مُكَاتِبَةً . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا الَّذِينَ قَالُوا : تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا بِعِنْتِهَا . أَنْ يَعُودَ وَلَدُهَا رَقِيقًا . وَمُقْتَضَى قَوْلِنَا ، أَنَّهُ ^(١٢) يَبْقَى عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يُوجَدْ مَا يُطِيلُهُ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ الْأَدَاءُ عَنْهَا لِحُصُولِ الْحُرِّيَّةِ بَدُونِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ يَتَّبِعُهَا فِي الْكِتَابَةِ ، وَلَا فِي يَدِهَا مَالٌ يَأْخُذُهَا ، لَمْ يَظْهَرْ حُكْمُ بَقَاءِ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي بَقَائِهِ فَائِدَةٌ ، ^(١٣) فَانْتَفَى لَا تِنْفَاءً فَائِدَتُهُ ، وَفِي مَسَائِلِنَا ، فِي بَقَائِهِ فَائِدَةٌ ^(١٤) ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى عِنْتِ وَلَدِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْقَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ بِإِعْتَاقِهَا ؛ لِأَنَّهُ جَرَى مَجْرَى إِبْرَائِئِهَا مِنَ الْمَالِ ^(١٥) . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَتَقَتْ ^(١٦) بَاسْتِيلَادٍ أَوْ تَذْبِيرٍ أَوْ تَعْلِيلٍ بِصِفَةٍ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أُعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِغَيْرِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أُعْتَقَ السَّيِّدُ الْوَلَدَ ذَوْنَهَا ، صَحَّ عِنْتُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُهَنَّأٍ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ^(١٧) ، فَصَحَّ عِنْتُهُ ، كَأُمِّهِ ، وَلَأَنَّهُ لَوْ أُعْتَقَ مَعَهَا الصَّحَّ ، وَمَنْ صَحَّ عِنْتُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، صَحَّ مُفْرَدًا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ كَانَ يَجِبُ أَنْ لَا يَنْفَذَ عِنْتُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِأُمِّهِ ، بِتَفْوِيتِ كَسْبِهِ عَلَيْهَا ؛ فَإِنَّهَا ^(١٨) كَانَتْ تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا ، وَلَعَلَّ أَحْمَدَ نَفَذَ عِنْتَهُ تَعْلِيلًا لِلْعِنْتِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَعْتَقُ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي مِنَ الضَّرَرِ لَا يَصِحُّ لَوْجُوهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يَحْصُلُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ كَسَبٌ يُفْضَلُ عَنْ نَفَقَتِهِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا كَسَبَ لَهُ ، فَتَحْلِيصُهَا مِنْ نَفَقَتِهِ نَفْعٌ مُحْضٌ ، فَلَا ضَرَرَ فِي إِعْتَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُفْضَلُ لَهَا مِنْ كَسْبِهِ

و ٢٥٢/١١

(١٢) فِي ب : « أَنْ » .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنْ ب : نَقَلَ نَظْرًا .

(١٤) فِي م : « مَالُ الْكِتَابَةِ » .

(١٥) فِي م : « أُعْتَقَتْ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ ب ، م .

(١٧) فِي م : « لَأَنَّهَا » .

شئ يُنْتَفَعُ به ، فكان يَنْبَغِي أَنْ^(١٨) يُقَيَّدَ الْحُكْمَ الَّذِي ذَكَرَهُ هَذَا الْقَيِّدُ . الثاني ، أَنَّ النَّفْعَ بِكَسْبِهَا^(١٩) ليس بواجب لها ؛ بدليل أَنَّهَا^(٢٠) لَا تَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى الْكَسْبِ ، فلم يكن الضرر بفواته مُعْتَبَرًا فِي حَقِّهَا . الثالث ، أَنَّ مُطْلَقَ الضَّرَرِ لَا يَكْفِي فِي مَنَعِ الْعِنَقِ الَّذِي تَحَقَّقَ^(٢١) مُقْتَضِيهِ ، ما لم يكن له أَصْلٌ يَشْهَدُ لَهُ^(٢٢) بِالْإِعْتِبَارِ^(٢٣) ، ولم يذكر له أَصْلًا ، ثم هو مُلْعَى بِعِنَقِ الْمُفْلِسِ وَالرَّاهِنِ وَسِرَايَةِ الْعِنَقِ إِلَى مَلِكِ الشَّرِيكِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ مَعَ وُجُودِ الضَّرَرِ بَتَقْوِيَةِ الْحَقِّ اللَّازِمِ ، فهذا أَوَّلَى .

فصل : فَأَمَّا وَلَدٌ وَلِدَهَا فَإِنَّ^(٢٤) وَلَدَ ابْنِهَا^(٢٥) حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتِبِ لَا يَتَّبِعُهُ ، وَأَمَّا وَلَدُ بِنْتِهَا ، فهو كِبْنَتِهَا . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لَا تَسْرِي الْكِتَابَةُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَعَ الْإِتِّصَالِ ، وهذا وَلَدٌ مُنْفَصِلٌ ، فَلَا تَسْرِي إِلَيْهِ ؛ بدليل أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوِلِدَهَا ، لَا يَسْرِي إِلَيْهِ الْإِسْتِيلَادُ ، وهذا الْوَلَدُ اتَّصَلَ بِأُمِّهِ دُونَ جَدَّتِهِ . ولنا ، أَنَّ ابْنَتَهَا تَبَتَّ لَهَا حُكْمُهَا تَبَعًا ، فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ لَابْنَتِهَا حُكْمُهَا تَبَعًا ، كَمَا ثَبَتَ^(٢٦) لَهَا^(٢٧) حُكْمُ أُمِّهَا ، وَلِأَنَّ الْبِنْتَ تَبِعَتْ أُمُّهَا ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَّبَعَهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ^(٢٨) إِتْبَاعِهَا لِأُمِّهَا^(٢٩) مَوْجُودَةٌ فِي وَلَدِهَا ، وَلِأَنَّ الْبِنْتَ تَعْلَقُ بِهَا حَقُّ الْعِنَقِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَسْرِيَ إِلَى وَلَدِهَا ، كَالْمُكَاتِبَةِ . وهذا الْخِلَافُ فِي وَلَدِ الْبِنْتِ التَّابِعَةِ لِأُمِّهَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَأَمَّا الْمَوْلُودَةُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ ، فابْنَتُهَا أَوَّلَى .

(١٨) في م زيادة : « لا » .

(١٩) لعل الصواب : « بكسبه » .

(٢٠) في ب ، م : « أنه » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : « باعتباره » .

(٢٤-٢٥) سقط من : م . وفي ب قبله زيادة : « كان » .

(٢٥) في ب ، م : « يثبت » .

(٢٦) في ا ، ب ، م : « عليه » . خطأ .

(٢٧) في ب ، م : « لأنها » . تحريف .

٢٠٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَكَائِبِ)

وهذا قول عطاء ، والتَّحِيّ ، واللَّيْث ، وابن المُنْذِر . وهو قَدِيمُ قَوْلِي الشَّافِعِي ، قال : ولا وَجْهَ لِقَوْلٍ مِنْ^(١) قال : لا يجوز . وحكى أبو الحَطَّاب ، عن أحمد ، روايةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لا يجوزُ بَيْعُهُ . وهو قول مالِك ، وأصحابِ الرَّأْي ، والجديدُ من قَوْلِي الشَّافِعِي ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ كَسْبِهِ ، فَمَنْعٌ^(٢) بَيْعِهِ ، كَبَيْعِهِ / وَعَنْقُهُ . وقال ٢٥٢/١١ ط الزُّهْرِيُّ ، وأبو الزُّنَاد : يجوزُ بَيْعُهُ بِرِضَاهُ ، ولا يجوزُ إِذَا لم يَرْضَ . وحكى ذلك عن أبي يوسُفَ ؛ لَأَنَّ بَرِيرَةَ إِنَّمَا بَيَّعَتْ بِرِضَاهَا وَطَلَبِهَا^(٣) ، وَلَأَنَّ لِسَيِّدِهِ اسْتِيفَاءَ مَنَافِعِهِ بِرِضَاهُ ، ولا يجوزُ بغيرِ رِضَاهُ ، كذلك بَيْعُهُ . ولنا ، ما رَوَى عُرْوَةُ ، عن عائِشَةَ ، أَنَّهُا قَالَتْ : جَاءَتْ بَرِيرَةُ إِلَيَّ ، فَقَالَتْ : يَا عَائِشَةُ ، إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تَسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أَوْقِيَّةً ، فَأَعِينَنِي . ولم تَكُنْ قَضَتْ مِنْ كِتَابَتِهَا شَيْئًا ، فَقَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ ، وَنَفَسَتْ^(٤) فِيهَا : ارْجِعِي إِلَى أَهْلِكَ ، إِنْ أَحْبَبُوا أَنْ أُعْطِيَهُمْ ذَلِكَ جَمِيعًا ، فَعَلْتُ . فَذَهَبَتْ بِرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا ، فَعَرَضَتْ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، فَأَبَوْا ، وَقَالُوا : إِنْ شَاءَتْ أَنْ تَحْتَسِبَ^(٥) عَلَيْكَ فَلْتَفْعَلْ ، وَيَكُونَ وَلَوْكُ لَنَا . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ عَائِشَةُ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « لَا يَمْنَعُكَ ذَلِكَ مِنْهَا ، ابْتِاعِي وَأُعْتِقِي ، إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » . فقام رسولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ ، فَحَمَدَ اللَّهُ ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : «^(٦) أَمَّا بَعْدُ ، فَمَا^(٦) بَالُ نَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شَرْطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ^(٧) اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : بَيَّعَتْ بِرِيرَةُ بِعِلْمِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ ، وَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ ، فَفِي ذَلِكَ أَبْيَنُ الْبَيَانِ أَنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ ،

(١) في م زيادة : « مكاتب » .

(٢) في ب ، م : « فيمنع » .

(٣) تقدم ترجمته ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٤) في م : « ونفست » . ونفست : رغبت .

(٥) في الأصل : « تحسب » .

(٦-٦) في ب ، م : « ما » .

(٧) في الأصل : « فقضاء » .

ولا أعلمُ خبراً يُعارضُهُ ، ولا أعلمُ في شيءٍ من الأخبارِ دليلاً على عَجْزِها . وتأوَّلَه ^(٨) الشَّافِعِيُّ على أنها كانت قد عَجَزَتْ ، وكان يُبْعَثُها فُسْخًا لِكِتَابَتِها . وهذا التأويلُ بعيدٌ يحتاجُ إلى دليلٍ في غايةِ القُوَّةِ ، وليس في الخبرِ ما يدلُّ عليه ، بل قولُها : أُعِينِنِي على كِتَابَتِي . دلالةٌ على بَقَائِها على الكِتَابَةِ ، ولأنَّها أُخْبِرَتْها أنَّ نُجُومَها في كُلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فالعَجْزُ إنَّما يكونُ بِمُضِيِّ عامَيْنِ عند مَنْ لا يَرَى العَجْزَ إلَّا بِحُلُولِ نَجْمَيْنِ ، أو بِمُضِيِّ عامٍ عند الآخرين ، والظاهرُ أنَّ شِراءَ عائشةَ لها كان في أوَّلِ كِتَابَتِها ، ولا يصحُّ قياسُهُ على أمِّ الوليدِ ؛ لأنَّ سَبَبَ خُرُوتِها مُسْتَقَرٌّ على وَجْهِه لا يُمكنُ فُسْخُهُ ^(٩) بحالٍ ، فأشبهَ الوقْفَ ، والمُكَاتِبُ يجوزُ رُدُّه إلى الرُّقِّ ، وفُسْخُ كِتَابَتِهِ إذا عَجَزَ ، فافترقا . قال ابنُ أبي موسى : وهل للسَّيِّدِ أن يبيعَ المُكَاتِبَ بأكثرَ ممَّا كَاتَبَ ^(١٠) عليه ؟ على رِوَايَتَيْنِ . ولأنَّ المُكَاتِبَ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ ، لم ^(١١) يَتَحَتَّمْ عِتْقُهُ ، فجازَ بَيْعُهُ ، كالمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ ؛ والدليلُ على أنَّه مَمْلُوكٌ ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ^(١٢) . وأنَّ مَوْلَاهُ ^(١٣) لا يَلْزُمُهَا ^(١٤) أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْهُ ، بدليلِ قولِهِ عليه السلامُ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتِبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُودِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » ^(١٥) . فيدلُّ على أنَّها لا تَحْتَجِبُ قَبْلَ ذَلِكَ . وقدرَونا في هذا عن نُبْهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّهُ قال : قالت لي أُمُّ سَلَمَةَ : يَا نُبْهَانُ ، هل عِنْدَكَ ما تُودِّي ؟ قلتُ : نعم . فَأَرَحَتِ ^(١٦) الحِجَابَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا ، وَرَوَتْ هَذَا الْحَدِيثَ . قال : فقلتُ : لا وَاللَّهِ ، مَا عِنْدِي ما أُودِّي ، ولا أَنَا بِمُودٍ ^(١٧) . وَإِنَّمَا سَقَطَ الْحِجَابُ عَنْهَا مِنْهُ ؛ لَكُونِهِ مَمْلُوكِهَا ، وَلأنَّه بِصِحِّحِ عِتْقِهِ ، ولا يصحُّ عِتْقُ مَنْ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَيُرْجَعُ عِنْدَ الْعَجْزِ إِلَى

(٨) في زيادة : « له » .

(٩) في الأصل : « فسحها » .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في ب : « فلم » .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(١٣-١٤) في ب : « لزمها » .

(١٥) في الأصل ، م : « فأخرجت » .

(١٦) أخرجه البيهقي ، في : باب الحديث الذي روى في الاحتجاب عن المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى

٣٢٧/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤٠٩/٨ .

كَوْنُهُ قِتًا ، وَلَوْ صَارَ حُرًّا ، مَا عَادَ إِلَى الرِّقِّ ، ^(١٦) وَيُفَارِقُ إِعْتَاقَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ الرِّقَّ بِالْكُلِّيَّةِ ،
وَلَيْسَ بِعَقْدٍ ، إِنَّمَا ^(١٧) هُوَ اسْتِقَاطٌ لِلْمَلِكِ ^(١٦) فِيهِ ، وَأَمَّا بَيْعُهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مَالِكُهُ بَيْعَهُ ، وَأَمَّا
الْبَائِعُ ، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَتَجُوزُ هِبَتُهُ ، وَالْوَصِيَّةُ بِهِ ، وَنَقْلُ الْمِلْكِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعِهِ . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ
أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مَنَعَ هِبَتَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا وَرَدَ بِبَيْعِهِ . وَالصَّحِيحُ جَوَازُهَا ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ فِي مَعْنَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، ثَبَتَ الْحُكْمُ فِيهِ .

٢٠٠١ - مسألة ؛ قال : (وَمُشْتَرِيهِ يَقُومُ فِيهِ ^(١) مَقَامُ الْمُكَاتِبِ ، ^(٢) فَإِذَا أَدَّى ،
صَارَ حُرًّا ^(٣) . وَلَا وَهْ لِمُشْتَرِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنِ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ مُكَاتِبٌ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ
بَيْنَ أَنْ يَرْجِعَ ^(٤) فِي الثَّمَنِ ^(٣) ، أَوْ يَأْخُذَ مَا بَيْنَهُ سَلِيمًا وَمُكَاتِبًا)

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنسخ بالبيع ، ولا يجوز إبطالها . لا نعلم في هذا خلافا . قال
ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم ، أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل
كتابته ببيعه ، إذا كان / ماضيا فيها ، مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها ، غير
جائز ؛ وذلك لأنها عقد لازم ، فلا تبطل ببيع العبد ، كما جازته ونكاحه ، ويبقى على
كتابته عند المشتري وعلى نجومه ، كما ^(٤) كان عند البائع ، مبقى ^(٥) على ما بقى ^(٥) عليه من
كتابته ، ويؤدى إلى المشتري ، كما كان يؤدى إلى البائع ، فإن عجز ، فهو عبد لمشتريه ؛
لأنه صار سيده ، وإن أدى ، عتق ، ولا وه لمشتريه ؛ لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى
المشتري ، فصار المشتري هو المعتق ؛ ولهذا قال النبي ﷺ لعائشة : « ابتاعى ،
وأعتقنى ، فأئما الولاء لمن أعتق » ^(٦) . ولما أراد أهلها اشتراط ولائها ، أنكر ذلك ،

(١٦-١٦) سقط من : ١ .

(١٧) في م : « وإنما » .

(١) سقط من : ب .

(٢-٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣-٣) في ا ، ب : « بالثمن » .

(٤) في م زيادة : « لو » .

(٥-٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

وَأُخْبِرَ بِطُلَانِهِ . وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي كَوْنَهُ مُكَاتَّبًا ، ثُمَّ عَلِمَ ذَلِكَ ، فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ ، أَوْ اخْذُ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَيْبٌ ، لَكَوْنِ الْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِيهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ كَسْبَهُ ، وَلَا اسْتِخْدَامَهُ ، وَلَا الْوَطْءَ إِنْ كَانَتْ أُمَّةٌ ، وَقَدْ انْعَقَدَ سَبَبُ زَوَالِ الْمِلْكِ فِيهِ ، فَيَمْلِكُ الْفَسْخُ بِذَلِكَ ، كُمُشْتَرِي الْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ أَوْ الْمَعِيَةِ ، فَيَتَحَيَّرُ حِينَئِذٍ بَيْنَ فَسْخِ الْبَيْعِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ، وَبَيْنَ إِمْسَاكِهِ وَأَخْذِ الْأَرْضِ ، وَهُوَ قَسْطُ مَا بَيْنَهُ مُكَاتَّبًا وَبَيْنَهُ رَقِيقًا قَنًا^(٧) ، يُقَالُ : كَمْ قِيمَتُهُ^(٨) مُكَاتَّبًا ، وَكَمْ قِيمَتُهُ^(٩) لَوْ كَانَ غَيْرَ مُكَاتَّبٍ ؟ فَإِذَا قِيلَ : قِيمَتُهُ مُكَاتَّبًا مِائَةٌ ، وَقِيمَتُهُ غَيْرَ مُكَاتَّبٍ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ . وَالثَّمَنُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ ، فَقَدْ نَقَصَتْ الْكِتَابَةُ ثُلُثَ قِيمَتِهِ ، فَيَرْجِعُ بِثُلُثِ ثَمَنِهِ ، وَهُوَ أَرْبَعُونَ ، وَلَا يَرْجِعُ بِالْخَمْسِينَ الَّتِي نَقَصَتْ بِالْكِتَابَةِ مِنْ قِيمَتِهِ ، عَلَى مَا قُرِّرَ فِي الْبَيْعِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْمُكَاتَّبِ مِنْ نُجُومِهِ ، فَلَا يَصِحُّ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُهَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَّبِ ، فَجَارَ بَيْعُهَا ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَلَمْ يُجْزَ بَيْعُهُ ،^(١٠) كَذَيْنِ السَّلَمِ^(١١) ، وَدَلِيلُ عَدَمِ الْاسْتِقْرَارِ ، أَنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلسَّقُوطِ بِعَجْزِ الْمُكَاتَّبِ ، وَلَأنَّهُ لَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ إِجْبَارَ الْعَبْدِ عَلَى / أَدَائِهِ ، وَلَا إلْزَامَهُ بِتَحْصِيلِهِ ، فَلَمْ يُجْزَ بَيْعُهُ^(٩) ، كَالْعِدَّةِ بِالتَّبَرُّعِ ، وَلَأنَّهُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ^(١٢) . فَإِنْ بَاعَهُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي مُطَالَبَةُ الْمُكَاتَّبِ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ، إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . فَإِنْ سَلَّمَ الْمُكَاتَّبُ إِلَى الْمُشْتَرِي نُجُومَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَضَمَّنَ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ ، فَأَشْبَهَ قَبْضَ الْوَكِيلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَعْتَقُ ؛ لِأنَّهُ لَمْ يَسْتَنْبِهِ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا قَبْضُ لِنَفْسِهِ بِحُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، فَكَانَ الْقَبْضُ أَيْضًا فَاسِدًا ، وَلَمْ يَعْتَقُ . بِخِلَافِ وَكَيْلِهِ ، فَإِنَّهُ

٢٥٤/١١ و

(٧) سقط من : ١ .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩-٩) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٠) في ب : « المسلم » .

(١١) تقدم تخریج أحاديث النهي عن بيع ما لم يقبض ، في : ١٨٢/٦ ، ١٨٣ ، ١٨٩ .

اسْتَنَابَهُ . ولو صَرَخَ بِالْإِذْنِ ، فليس بِمُسْتَتِيبٍ له في الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا إِذْنُهُ بِحُكْمِ
 الْمَعَاوِضَةِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ التَّصْرِيحِ وَعَدَمِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ . بَرَى الْمُكَاتِبُ مِنْ
 مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيَرْجِعُ السَّيِّدُ عَلَى الْمُشْتَرَى بِمَا قَبَضَهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالْتَّائِبِ عَنْهُ . فَإِنْ كَانَ مِنْ
 جِنْسِ الثَّمَنِ ، وَكَانَ قَدْ تَلَفَ ، تَقَاصًا بِقَدَرِ أَقْلِهِمَا ، وَرَجَعَ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ . وَإِنْ قُلْنَا :
 لَا يَعْتَقُ بِذَلِكَ . فَمَالُ الْكِتَابَةِ بَاقٍ عَلَى الْمُكَاتِبِ ، وَيَرْجِعُ الْمُكَاتِبُ عَلَى الْمُشْتَرَى بِمَا دَفَعَهُ
 إِلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ . فَإِنْ سَلَّمَهُ الْمُشْتَرَى ^(١٢) إِلَى الْبَائِعِ ، لَمْ يَصِحَّ التَّسْلِيمُ ؛
 لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُكَاتِبِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ
 جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(١٣) ، تَرَاجَعَا بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ بَاعَهُ مَا ^(١٤) أَخَذَهُ بِمَالِهِ
 فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ الْبَيْعُ فِيهِ ، جَازَ إِذَا كَانَ مَا قَبَضَهُ السَّيِّدُ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ ،
 وَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ ، وَكَانَتْ ^(١٥) مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْبُوضُ مِنْ جِنْسِ
 مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَتَحَاسَبَا بِهِ ، جَازَ .

فصل : وإذا كانتِ الْمُكَاتِبَةُ ذَاتَ وَلَدٍ يَتَّبِعُهَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَبَاعَهُمَا مَعًا ، صَحَّ ؛
 لِأَنَّهُمَا مِلْكُهُ ، وَلَا مَانِعَ مِنْ بَيْعِهِمَا ، وَيَكُونَانِ عِنْدَ الْمُشْتَرَى ، كَمَا كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، سَوَاءً .
 / وَإِنْ بَاعَ أَحَدَهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، أَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا الرَّجُلَ ، وَبَاعَ الْآخَرَ لغيرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، ^{٢٥٤/١١} ظ
 لَوْجِهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا فِي الْبَيْعِ إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ . فِي إِحْدَى
 الرِّوَايَتَيْنِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْوَلَدَ تَابِعَ لِأُمِّهِ ، وَلَهَا كَسْبُهُ ، وَعَلَيْهَا نَفَقَتُهُ ، وَصَارَ فِي مَعْنَى
 مَمْلُوكِهَا ، فَلَمْ يَجْزِ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ إِذَا كَانَ بِالْعَا ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ
 لِلْبَيْعِ ، صَدَرَ فِيهِ التَّصَرُّفُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَيَكُونُ ^(١٦) عَبْدًا مَنْ هُوَ عَبْدُهُ ^(١٧) ، عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ
 بَيْعِهِ ، لَهَا كَسْبُهُ ، وَأَرِشُ الْجَنَائَةِ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهَا نَفَقَتُهُ ، وَيَعْتَقُ بَعْتَقُهَا ، كَمَا لَوْ بَيْعَ . وَاللَّهُ
 أَعْلَمُ .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في ب : « المكاتبه » .

(١٤) في ب : « بما » .

(١٥) في ب : « وكان » .

(١٦-١٧) في أ ، ب ، م : « عند من هو عنده » .

فصل : وإن وصَّى بالمُكاتبِ لرجل ، فقال أبو بكرٍ : قال أحمد : الوصية به^(١٧) جائزة ؛ لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ، ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه في الأداء إليه ، وإن عجز ،^(١٨) عاد إليه رقيقاً له قنّاً ، وإن عتق ، فالولاء له ، كما ذكرنا في المشتري ، سواء ، فإن عجز^(١٩) في حياة الموصي ، لم تبطل الوصية ؛ لأن رقه لا ينافي الوصية . وإن^(٢٠) أدى وعتق في حياة الموصي ، بطلت الوصية . ومن منع بيع المكاتب ، منع الوصية فيه ، وهبته . فإن قال : إن عجز ورق ، فهو لك بعد موتي . صححت الوصية ، إذا عجز في حياة^(٢١) الموصي ، وإن عجز بعد موته ، لم يستحقه ؛ لأن الشرط بطل بموته ، كالقول لعبد : إن دخلت الدار ، فأنت حر بعد موتي . فلم يدخلها حتى مات سيده . وإن قال : إن عجز^(٢٢) بعد موتي ، فهو لك . فهذا تعليق للوصية على صفة ، توجد بعد الموت . وقد ذكرنا في صحتها وجهين .

فصل : وإن وصَّى بكتائبه لرجل ، صححت الوصية ؛ لأنها تصح بما ليس بمستقر ، كما تصح بما لا يملكه^(٢٣) في الحال ؛ من ثمرة شجرة ، وحمل جاريته . وللموصي له أن يستوفي المال عند حلوله ، وله أن يبرئ منه ؛ فإذا استوفاه ، أو أبرأه منه ، عتق المكاتب ، والولاء لسيده ؛ لأنه المنعم / عليه ، وإن عجز المكاتب ، فأراد الوارث تعجيزه ، وأراد الموصي له إنظاره ، فالقول قول الوارث ؛ لأن حق الموصي له^(٢٤) في المال^(٢٥) ما دام العقد قائماً ، وحق الوارث متعلق به ، إذا عجز^(٢٦) يرده في الرق ، وليس للموصي له إبطال حق الوارث من تعجيزه . وإن أراد الوارث إنظاره ، وأراد الموصي له تعجيزه ، لم يكن له ؛ لأن الحق في التعجيز والفسخ للوارث ، ولا حق للموصي له في ذلك ،

و ٢٥٥/١١

(١٧) في ب : « له » .

(١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : « وإذا » .

(٢٠) في الأصل ، ب ، م : « حالة » .

(٢١) في م : « عجزت » .

(٢٢) في ب : « يملك » .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في ب ، م : « عجزه » .

ولا يَفْعُ^(٢٥) ؛ لَأَنَّ حَقَّهُ يَسْقُطُ بِهِ . ومتى عَجَزَ ، عادَ عَبْدًا لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَا تَعَجَّلَهُ^(٢٦) الْمُكَاتِّبُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِصِفَةٍ ، فَإِنْ عَجَّلَ شَيْئًا ، فَهُوَ^(٢٧) لِلْمُوصَى لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُعَجَّلْ شَيْئًا حَتَّى حَلَّتْ نَجْوَاهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمَالِ الْكِتَابَةِ لِرَجُلٍ ، وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّتَانِ ؛ فَإِنْ أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الْمَالِ ، أَوْ أُبْرَاهُ مِنْهُ ، عَتَقَ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الرَّقَبَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي اسْتِحْقَاقِ الرَّقَبَةِ ، وَلَوْ لَمْ يُوصِ بِهَا لَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَإِذَا وَصَّى بِهَا كَانَ الْوَلَاءُ لِمَنْ وَصَّى لَهُ بِهَا ، وَلَأَنَّهُ لَوْ وَصَّى لَهُ بِالْمُكَاتِّبِ مُطْلَقًا ، لَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَصَّى بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَفَادُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَسَخَّ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ كِتَابَتَهُ ، وَكَانَ رَقِيقًا لَهُ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ قَدْ قَبِضَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي فَسْخِ الْكِتَابَةِ عِنْدَ الْعَجَزِ ، قُدِّمَ قَوْلُ^(٢٧) صَاحِبِ الرَّقَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْوَرَثَةِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ . وَقِيَاسُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، أَنَّهُ لَوْ وَصَّى^(٢٨) لِرَجُلٍ بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِّبِ دُونَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْمَالِ صَحِيحَةٌ ، فِيمَا إِذَا وَصَّى^(٢٩) بِهَا لِرَجُلٍ وَحْدَهُ ، وَأَوْصَى بِالْمَالِ لِآخَرَ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتِّبِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ^(٢٩) لَكَ بِمَا أَقْبِضُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . / ٢٥٥/١١ ظ
صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ يُؤَدَّى فِيهَا الْمَالُ ، كَمَا يُؤَدَّى فِي الصَّحِيحَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِّبِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِّبِ تَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ، فَفِي الْفَاسِدَةِ أَوْلَى .

(٢٥) في م : « بيع » .

(٢٦) في ب : « عجله » .

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في ب : « أوصى » .

(٢٩) في م : « وصيت » .

فصل: وَصَحَّ الوَصِيَّةُ لِمُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ زَكَاتَهُ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْ مُكَاتِبِي بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، أَوْ بَعْضَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعُوا مَا شَاءُوا ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ، مِنْ أَوَّلِ نُجُومِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ نَجْمًا مِنْ نُجُومِهِ . فَلَهُمْ أَنْ يَضَعُوا أَيْ نَجْمَ شَاءُوا ، كَمَا لَوْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ ^(٣٠) أَيْ نَجْمَ شِئْتُمْ . وَسَوَاءٌ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَّفِقَةً أَوْ مُخْتَلِفَةً ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ وَاحِدًا مِنْهَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَيْ نَجْمَ شَاءَ . كَانَ ذَلِكَ إِلَى مَشِيئَتِهِ ، فَيَلْزِمُهُمْ وَضْعُ النَّجْمِ الَّذِي يَخْتَارُ وَضَعُهُ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ جَعَلَ الْمَشِيئَةَ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْبَرَ نُجُومِهِ . ^(٣١) لَزِمَهُمْ أَنْ يَضَعُوا ^(٣٢) عَنْهُ أَكْبَرَهَا مَا لَا ؛ لِأَنَّهُ أَكْبَرُهَا ^(٣٣) قَدْرًا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نُجُومِهِ . لَزِمَهُمْ أَنْ يَضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِهَا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ زَيْدٌ عَلَى نِصْفِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ نُجُومُهُ خَمْسَةً ، وَضَعُوا ثَلَاثَةً ، وَإِنْ كَانَتْ سِتَّةً ، وَضَعُوا أَرْبَعَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْصَرِفَ ذَلِكَ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهَا أَكْبَرُهَا ^(٣٤) مَا لَا ، بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : أَكْبَرُ نُجُومِهِ . فَإِنْ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةً ، تَعَيَّنَ الْاِحْتِمَالُ الْأَوَّلُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نُجُومِهِ . فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا أَوْسَطُ وَاحِدٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرِ وَالْأَجَلِ ، وَعَدَدُهَا مُفْرَدٌ ^(٣٥) ، فَيَتَعَيَّنُ وَضْعُ أَوْسَطِهَا عَدَدًا ، فَإِذَا كَانَتْ خَمْسَةً ، فَلَا أَوْسَطُ الثَّالِثُ ، وَإِنْ كَانَتْ سَبْعَةً ، فَلَا أَوْسَطُ الرَّابِعِ ، وَإِنْ كَانَ عَدَدُهَا مُزْدَوِجًا ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ الْمِقْدَارِ ، فَبَعْضُهَا مِائَةٌ ، وَبَعْضُهَا مِائَتَانِ ، وَبَعْضُهَا ثَلَاثُمِائَةٍ ، فَأَوْسَطُهَا الْمِائَتَانِ ، فَتَتَعَيَّنُ ^(٣٥) الْوَصِيَّةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْسَطُهَا . وَإِنْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرِ ، مُخْتَلِفَةً الْأَجَلِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ اثْنَانِ مِنْهَا إِلَى شَهْرٍ ، وَوَاحِدٌ إِلَى شَهْرَيْنِ ، وَوَاحِدٌ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيمَا هُوَ إِلَى شَهْرَيْنِ ، لِأَنَّهُ ^(٣٦) أَوْسَطُهَا . وَإِنْ اتَّفَقَتْ هَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةُ فِي

٢٥٦/١١ و

(٣٠) سقط من : م .

(٣١-٣٢) في الأصل ، ا ، ب : « وضعوا » .

(٣٢) في ب ، م : « أكبرها » .

(٣٣) في ا ، ب ، م : « أكبرها » .

(٣٤) في م : « مفرد » .

(٣٥) في الأصل ، م : « فتعين » .

(٣٦) في م : « لأنها » .

وَاحِدٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ لَهَا أَوْسَطُ فِي الْقَدْرِ ، وَأَوْسَطُ فِي (٣٧) الْأَجَلِ ، وَأَوْسَطُ فِي (٣٧) الْعَدَدِ ، يُخَالِفُ بَعْضُهَا بَعْضًا ، فَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ، فَلَهُمْ وَضْعُ مَا شَاءُوا مِنْهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْوَرَثَةُ وَالْمُكَاتَّبُ ، فِيمَا أَرَادَ الْمُوصِي مِنْهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَا أَرَادَ الْمُوصِي ، ثُمَّ التَّعْيِينُ إِلَيْهِمْ . وَمَتَى كَانَ فِيهَا أَوْسَطَانِ ، عَيْنَ الْوَرَثَةِ أَحَدَهُمَا . وَمَتَى كَانَ الْعَدَدُ وَثَرًا ، فَأَوْسَطُهُ وَاحِدٌ . وَإِنْ كَانَ شَفْعًا ، كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ ، فَأَوْسَطُهُ اثْنَانِ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا وَصَّى بِأَوْسَطِ نَجْوِمِهِ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا خَفَّ . أَوْ قَالَ : مَا يَثْقُلُ ، أَوْ (٣٨) يَكْثُرُ . كَانَ ذَلِكَ إِلَى تَقْدِيرِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَخْفُفُ إِلَى جَنْبِ مَا هُوَ (٣٩) أَثْقَلُ مِنْهُ ، وَيَثْقُلُ إِلَى جَنْبِ مَا هُوَ (٣٩) أَخَفُّ مِنْهُ ، كَمَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا وَصَّى بِمَالٍ عَظِيمٍ ، أَوْ كَثِيرٍ ، أَوْ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَفِيفٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعُوا عَنْهُ النَّصْفَ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَ نِصْفِهِ . فَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَهُ . فَذَلِكَ الْكِتَابَةُ كُلُّهَا ، وَزِيَادَةُ عَلَيْهَا ، فَيَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ ، وَيَبْطُلُ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِعَدَمِ مَحَلِّهَا . (٤٠) وَإِنْ قَالَ (٤١) : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ . فِشَاءَ وَضَعَ كُلُّ مَا عَلَيْهِ ، وَضَعَ كُلُّ (٤٢) مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ (٤٣) يَتَنَاوَلُهُ (٤٤) . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ وَضْعُ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ « مِنْ » لِلتَّبْعِيضِ ، فَلَا تَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

٢٠٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَّبُ أَبَاهُ ، أَوْ ذَارَحِمَهُ مِنَ الْمُحَرَّمَ

عَلَيْهِ نِكَاحُهُ ، لَمْ يَعْتَقُوا حَتَّى يُودَّى / وَهُمْ فِي مِلْكِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، فَهُمْ عَبِيدُ لِسَيِّدِهِ) ٢٥٦/١١ ظ

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) في م : « أَوْما » .

(٣٩-٣٩) سقط من : ب ، م . نقل نظر .

(٤٠-٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٣) في ب ، م : « وصيته » .

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ ذَوَى أَرْحَامِهِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ يُؤَدِّي إِلَى إِثْلَافِ مَالِهِ ، لِأَنَّهُ يُخْرِجُ مِنْ مَالِهِ مَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فِي مُقَابَلَةِ مَا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الْهَبَةَ . فَإِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ . قَوْلًا وَاحِدًا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ ^(١) قَوْلَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَمْلُوكًا لِاضْرَرٍّ ^(٢) عَلَى السَّيِّدِ فِي شِرَائِهِ ، فَصَحَّ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَبَيَّانُهُ أَنَّهُ يَأْخُذُ كَسْبَهُمْ ، وَإِنْ عَجَزَ صَارُوا رَاقِيًا لِسَيِّدِهِ ، وَلَئِنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرَهُ ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ ؛ لِأَنَّهَا تُفَوِّتُ الْمَالَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا تَنْفَعُ يَرْجِعُ إِلَى الْمُكَاتِبِ وَلَا السَّيِّدِ ، وَلَئِنَّهُ تَحَقَّقَ السَّبَبُ ، وَهُوَ صُدُورُ التَّصَرُّفِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، وَلَمْ يَتَحَقَّقِ الْمَانِعُ ؛ لِأَنَّ مَا ذَكَرُوهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ .

الفصل الثاني : أَنَّهُمْ لَا يَعْتَقُونَ ^(٣) بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ ^(٤) لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَاشَرَهُمْ بِالْعِتْقِ ، أَوْ أَعْتَقَ غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَقَعِ الْعِتْقُ ، فَلَا يَقَعُ بِالشَّرَاءِ الَّذِي أُقِيمَ مَقَامُهُ . وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُمْ ، وَلَا هِبَتُهُمْ ، وَلَا إِخْرَاجُهُمْ عَنْ مِلْكِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ بَيْعٌ مِنْ ^(٥) عِدَا الْمَوْلُودِينَ وَالْوَالِدِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسَتْ قَرَابَتُهُمْ قَرَابَةً حُرِّيَّةً وَلَا بَعْضِيَّةً ^(٦) ، فَأَشْبَهُوا الْأَجَانِبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذُو رَحِمٍ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا عَتَقَ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، كَالْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُمْ إِذَا كَانَ حُرًّا ، فَلَا يَمْلِكُهُ مُكَاتِبًا ، كَوَالِدَيْهِ ، وَلَئِنَّهُمْ ^(٧) نَزَلُوا مَنْزِلَةَ أَجْزَائِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُمْ ، كَيْدِهِ . فَإِذَا أَدَّى ، وَهُمْ فِي مِلْكِهِ ، عَتَقُوا ؛ لِأَنَّهُ كَمَلَ ^(٨) مِلْكُهُ فِيهِمْ ^(٩) ، وَزَالَ تَعَلُّقُ حَقِّ سَيِّدِهِ عَنْهُمْ ^(١٠) ، فَعَتَقُوا/ حِينَئِذٍ ، وَلَوْ وَهُمْ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا عَلَيْهِ بَعْدَ زَوَالِ

٢٥٧/١١ و

(١) فِي ب : « فِيهِمْ » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣-٣) فِي ب : « بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ » .

(٤) فِي ب : « مَا » .

(٥) فِي م : « تَعْصِيَّة » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَلَئِنَّهُ » .

(٧-٧) فِي الْأَصْلِ : « مِلْكُهُمْ » .

(٨) فِي ب : « عَنْهُ » .

مِلْكٍ سَيِّدِهِ عَنْهُ ، فَيَكُونُونَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَاهُمْ بَعْدَ عِتْقِهِ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَرُدَّ فِي الرِّقِّ ، صَارُوا عَبِيدًا لِلسَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ مَالِهِ ، فَيَصِيرُونَ لِلسَّيِّدِ بَعْجَزه ، كَعَبِيدِهِ الْأَجَانِبِ .

فصل : وَكَسْبُهُمُ لِلْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِمَّا لِيَكِهِ . وَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، بِحُكْمِ الْمِلْكِ ، لَا بِحُكْمِ الْقَرَابَةِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ السَّيِّدُ ، لَمْ يَعْتَقُوا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُمْ ، فَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِيهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ الْمُكَاتِبُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَعْتَقُوا ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ بِإِذْنِهِ ، عَتَقُوا ، كَالْوَأْتَقَى غَيْرَهُمْ مِنْ عَبِيدِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، عَتَقَ ، وَصَارُوا رَقِيقًا لِلسَّيِّدِ ، كَالْوَعَجَزِ ؛ لِأَنَّ كِتَابَتَهُ تَبْطُلُ بَعْتَقَهُ ، كَاتِبُهَا بِمَوْتِهِ . وَعَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ ، يَعْتَقُونَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ قَبْلَ فُسْخِ الْكِتَابَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَعْتَقُوا ، كَالْوَأْتَقَى ^(٩) بِالْإِبْرَاءِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِأَدَائِهِ ، يُحَقِّقُ هَذَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ ، يَسْتَفِيدُ بِهَا الْمُكَاتِبُ مِلْكَ رَقِيقِهِ وَاكْتِسَابَهُ ^(١٠) ، وَيَبْقَى حَقُّ السَّيِّدِ فِي مِلْكِ رَقِيقَتِهِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَزُولُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ^(١١) ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَا يَتَسَلَّطُ السَّيِّدُ عَلَى إِبْطَالِهَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمُكَاتِبِ ، وَإِنَّمَا يَتَسَلَّطُ عَلَى إِبْطَالِ حَقِّهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ ، فَيَنْفُذُ فِي مَالِهِ دُونَ مَالِ الْمُكَاتِبِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مِثْلَ هَذَا فِيمَا مَضَى . وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ ، وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، عَادَ رَقِيقًا . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَسْعَوْنَ فِي الْكِتَابَةِ عَلَى نُجُومِهَا ، وَكَذَلِكَ أُمُّ وَلَدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْوَلَدِ خَاصَّةً : إِنْ جَاءَ بِالْكِتَابَةِ حَالَةً ، قُبِلَتْ مِنْهُ ، وَعَتَقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لِلْمُكَاتِبِ ، فَصَارَ بِمَوْتِهِ لِسَيِّدِهِ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ خَلَفَ وَفَاءً ، أَنْبَنَى عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ / ٢٥٧/١١ ط

فِي فُسْخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ لَهُ بَعْضُ ذَوِي رَحِمِهِ ، فَلَهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَلَهُ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِرَاءَهُ ، مَعَ مَا فِيهِ مِنْ بَذْلِ مَالِهِ ، فَلَا يَجُوزُ بغيرِ عَوَضٍ أَوَّلَى . وَإِذَا ^(١٢) مَلَكَه ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُكَاتِبُ امْرَأَتَهُ ، وَالْمُكَاتِبَةُ زَوْجَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لغيرِ

(٩) فِي ١ ، ب : « أَعْتَقَ » .

(١٠) فِي ب : « وَاكْتَسَبَهُ » .

(١١) فِي ب ، م : « أَدَاءَ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ م .

المُكَاتَّبِ ، فجازَ للمُكَاتَّبِ ، كَشِرَاءِ الْأَجَانِبِ . وَنَفَسَخَ النِّكَاحُ بِذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسَخُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّسَرُّي ، وَلَا يَعْتَقُ وَالِدُهُ وَوَلَدُهُ إِذَا اشْتَرَاهُ ، فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الْقِنْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَّبَ يَمْلِكُ مَا اشْتَرَاهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَثَبُّتَ لَهُ الشُّفْعَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلَسَيِّدِهِ عَلَيْهِ ، وَيَجْرِي الرِّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ ^(١٣) التَّسَرُّي ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِمَا فِي يَدِهِ ، كَمَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنَ الْوِطْءِ مَعَ ثُبُوتِ مِلْكِهِ ، وَلَمْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ذَوُو ^(١٤) رَحِمِهِ لَذَلِكَ ، فَإِذَا ^(١٥) اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُ .

فصل : وَإِذَا رَوَّجَ السَّيِّدُ ابْنَتَهُ ^(١٦) مِنْ مُكَاتَّبِهِ ^(١٧) بِرِضَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَكَانَتْ مِنْ وَرَثَتِهِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَرْتُهُ ، وَإِنَّمَا تَمْلِكُ نَصِيْبَهَا مِنَ الدِّينِ الَّذِي عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْوَارِثَ لَوْ أَبْرَأَ الْمُكَاتَّبَ مِنَ الدِّينِ عَتَقَ ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِلْمَيِّتِ ، لَا لِلْوَارِثِ ، فَإِنْ عَجَزَ وَعَادَرَ رَقِيقًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ نَصِيْبَهَا ^(١٨) مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتَّبَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ ^(١٩) ، لَا يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ ، وَلَئِنْهَا لَا يَجُوزُ لَهَا ابْتِدَاءُ نِكَاحِهِ لِأَجْلِ الْمِلْكِ ، فَأَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِتَجَدُّدِ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْعَبْدِ الْقِنْ ، وَأَمَّا كَوْنُ / الْوَلَاءِ لِلْمَيِّتِ ، فَلِأَنَّ السَّبَبَ وَجَدَ مِنْهُ ، فَنُسِبَ الْعِتْقُ إِلَيْهِ ، وَتَبَتِ الْوَلَاءُ لَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَرْتُهُ كُلُّهُ ، أَوْ تَرِثَ نَصِيْبَهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا مَلَكَتْ مِنْهُ جُزْءًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِيهِ ، فَبَطَلَ فِي بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ . وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَتْ زَوْجَهَا ، أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، أَوْ وَرَثَتْ ^(٢٠) شَيْئًا مِنَ الْعَبْدِ الْقِنْ ، بَطَلَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَتْ لَا تَرِثُ أَبَاهَا ، لِمَانِعٍ مِنْ مَوَانِعِ

٢٥٨/١١

(١٣) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٤) في أ ، ب : « ذو » .

(١٥) في أ : « وإن » . وفي ب : « وإذا » .

(١٦) في م : « ابنة » .

(١٧) في م : « مكاتبه » .

(١٨) في م : « نفسها » .

(١٩) في ب : « للسيد » .

(٢٠) في ب : « وورثت » .

الميراث ، فنكاحها باق بحاله . والحكم في سائر الورثة من النساء ، كالحكم في البنات . وكذلك لو تزوج رجل مكاتباً ، فورثها ، أو ورث شيئاً منها ، انفسخ نكاحه لذلك . والله أعلم .

٢٠٠٣ - مسألة ؛ قال : (وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم ، فقال : بيعوني نفسي بها . فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتاباً ، أنكر أحدهم أن يكون أحد شيئاً ، وشهد الرجلان عليه بالأخذ ، فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين ، إذا كانا عدلين . ويشاركهما فيما أخذاً من المال ، وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرقى في هذه المسألة ، حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده ، مع أنه قد ذكر في باب العتق : إذا قال العبد لرجل : اشتري من سيدي بهذا المال ، وأعتقني . فاشترأه بعين المال ، كان الشراء والعتق باطلاً^(١) ، ويكون السيد قد أخذ ماله^(٢) . وقد أجاب القاضى عن هذا الإشكال بوجوه ؛ منها ، أن يكون مكاتباً ، وقوله : بيعوني^(٣) نفسي بهذه . أى أعجل لكم الثلاثمائة ، وتضعون عني ما بقى من كتابتي . ولهذا ذكرها^(٤) في باب المكاتب . الثانى ، أن يكون المال في يد العبد لأجبتى قال له : اشتري نفسك بها . من غير أن يملكه إياها . الثالث ، أن يكون عتقاً بصفة ، تقديره : إذا قبضنا منك^(٥) هذه الدراهم ، فأنت حر . الرابع ، أن يكون رضى / سادته يبيعه نفسه بما في يده ، ٢٥٨/١١ ط وفعلهم ذلك معه ، إعتاقاً^(٦) منهم له مشروطاً بتأدية^(٧) ذلك إليهم ، فتكون صورته صورة البيع ، ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعثك نفسك بخدمتى سنة . فإن منافعه

(١) في م : « باطلين » .

(٢) تقدم في : صفحة ٤١٠ .

(٣) في م زيادة : « من » .

(٤) في ب ، م : « ذكرهما » .

(٥) في الأصل : « منه » .

(٦) في النسخ : « إعتاق » .

(٧) في الأصل : « بتأديته » .

مَمْلُوكَةً لِسَيِّدِهِ ، وَقَدْ صَحَّ هَذَا فِيهَا ، فَكَذَا ^(٨) هُنَا . وَهَذَا الْوَجْهُ أَظْهَرُهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتِاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ ، وَمَتَى أُمِكنَ حَمْلُ الْكَلَامِ عَلَى ظَاهِرِهِ ، لَمْ يَجْزِ تَأْوِيلُهُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ . وَإِذَا تَقَرَّرَ ^(٩) هَذَا ، فَمَتَى اشْتَرَى الْعَبْدُ نَفْسَهُ مِنْ سَادَتِهِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُخْرِجُهُ مِنْ مِلْكِهِمْ ، وَلَا يُثْبِتُ عَلَيْهِ مِلْكَ آخَرٍ ، إِلَّا أَنَّهُ هُنَا لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَاهُ عِتْقًا مَشْرُوطًا بِالْقَبْضِ . وَهَذَا ^(١٠) قَالَ الْخِرَقِيُّ : فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِشَهَادَةِ الشَّرِيكَيْنِ اللَّذَيْنِ شَهِدَا ^(١١) بِالْقَبْضِ . وَلَوْ عَتَقَ بِالْبَيْعِ ، لَعَتَقَ بِاعْتِرَافِهِمْ بِهِ ، لَا بِالشَّهَادَةِ بِالْقَبْضِ . وَمَتَى أَنْكَرَ أَحَدُهُمْ أَخَذَ نَصِيْبِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ شَرِيكَاهُ ، وَكَانَا عَدْلَيْنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَدْلَانِ شَهِدَا لِلْعَبْدِ بِأَدَاءِ مَا يَعْتَقُ بِهِ ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ ، وَيَرْجَعُ ^(١٢) الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ^(١٣) عَلَيْهِمَا فَيُشَارِكُهُمَا فِيمَا أَخَذَاهُ ؛ لِأَنَّهُمَا اعْتَرَفَا بِأَخْذِ مَا تَمَنَّى مِنَ الْعَبْدِ ، وَالْعَبْدُ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمْ ، فَتَمَنَّى يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ ، وَلَئِنْ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ لَهُمْ ، وَالَّذِي أَخَذَاهُ كَانَ فِي يَدِهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَشْتَرِكَ ^(١٤) الْجَمِيعُ فِيهِ ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوْبَةِ ، وَشَهَادَتُهُمَا فِيمَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ ، وَدَفْعُ مُشَارَكَتِهِ لَهَا فِيهِ نَفْعٌ لَهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا فِيهِ ، وَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا فِيمَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْعَبْدُ ، دُونَ مَا يَنْتَفِعَانُ بِهِ ، كَالْوَأَقَرِّ بِشَيْءٍ لْغَيْرِهِمَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ ، فَإِنْ إِقْرَارُهُمَا يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِمَا ، دُونَ مَا لَهَا . وَقِيَاسُ / ٢٥٩/١١ الْمَذْهَبِ أَنْ لَا تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى شَرِيكِهِمَا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانُ بَهَا عَنْ أَنْفُسِهِمَا مَعْرَمًا ، وَمَنْ شَهِدَ ^(١٥) بِشَهَادَةٍ يَجْزُ ^(١٥) إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الْكُلِّ ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ ذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِيهِ ، وَالثُّمَّةُ لَا تَمْنَعُ مِنْ صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ . فَعَلِيَ هَذَا الْقِيَاسُ ، يَعْتَقُ نَصِيبُ الشَّاهِدَيْنِ بِإِقْرَارِهِمَا ، وَيَبْقَى نَصِيبُ الْمَشْهُودِ

(٨) فِي م : « فَكَانَ » .

(٩) فِي ب ، م : « تَعَذَّرَ » .

(١٠) فِي م : « وَهَذَا » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَرَجَعَ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « يَشْرِكُ » .

(١٥-١٥) فِي م : « شَهَادَةُ جَر » .

عليه مَوْقُوفًا عَلَى الْقَبْضِ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِنَصِيْبِهِ ، أَوْ مُشَارَكَةُ صَاحِبِهِ فِيْمَا أَخَذَ . فَإِنْ شَارَكَهُمَا ، أَخَذَ مِنْهُمَا ثُلُثَى مَائَةٍ ، وَرَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِتَمَامِ الْمَائَةِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ ^(١٦) عَلَى الْآخَرِ شَيْءٌ ، لِأَنَّهُ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْعَبْدِ ، فَهُوَ يَقُولُ : ظَلَمْنِي ، وَأَخَذَ مِنِّي مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ ، فَهُمَا يَقُولَانِ : ظَلَمْنَا ، وَأَخَذْنَا مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْنَا . وَلَا يَرْجِعُ الْمَظْلُومُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَدْلَيْنِ ، فَكَذَلِكَ ، سَوَاءٌ قُلْنَا : إِنَّ شَهَادَةَ الْعَدْلَيْنِ مَقْبُولَةٌ . أَوْ لَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَدْلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ الثَّالِثُ الْبَيْعَ ، فَنَصِيْبُهُ بَاقٍ عَلَى الرَّقِّ ، إِذَا حَلَفَ ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَا عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ ، وَيَكُونَا ^(١٧) عَدْلَيْنِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَجْرَأَنَّ إِلَى أَنْفُسِهِمَا بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ نَفْعًا .

فصل : وإذا كان العبد بين شريكين ، فكاتباه بمائة ، فادّعى دفعها إليهما ، وصدّقه ، عتق . فإن أنكر ، أو لم تكن بينة ، فالقول قولهما مع أيّما نيّهما . وإن أقرّ أحدهما ، وأنكر الآخر ، عتق نصيب المقرّ ، وأمّا المنكر ، فعلى قول الخرقي ، تُقْبَلُ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ ، إِذَا كَانَ عَدْلًا ، فَيُحْلِفُ الْعَبْدُ مَعَ شَهَادَتِهِ ، وَيَصِيرُ حُرًّا ، وَيَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الشَّاهِدِ ، فَيُشَارِكُهُ فِيْمَا أَخَذَهُ . وَأَمَّا الْقِيَاسُ ، فَيَقْتَضِي أَنْ لَا تُسْمَعَ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِشَهَادَتِهِ عَنْ نَفْسِهِ / مَعْرَمًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ سَيِّدِهِ ^(١٨) مَعَ يَمِينِهِ ، ٢٥٩/١١ ط
فَإِذَا حَلَفَ ، فَلَهُ مُطَالَبَةُ شَرِيكِهِ بِنَصْفِ مَا اعْتَرَفَ بِهِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ؛ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَالْمُنْكَرُ يُنْكِرُ قَبْضَ شَرِيكِهِ ، فَكَيْفَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا يُنْكِرُ قَبْضَ نَفْسِهِ ، وَشَرِيكُهُ مُقَرَّرٌ بِالْقَبْضِ ، وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْ قَبَضَ ، فَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، وَإِذَا أَقَرَّ بِمُتَصَوِّرٍ ، لَزِمَهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ ، وَمِنْ حُكْمِهِ جَوَازُ رُجُوعِ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لاثْنَيْنِ ، فَوَفَّى أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَرْجِعِ الْآخَرُ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَلَمْ رَجَعْ ^(١٩) هَهُنَا ؟ قُلْنَا : إِنْ كَانَ الدَّيْنُ ثَابِتًا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ ، فَمَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ ، رَجَعَ ^(٢٠) الْآخَرُ عَلَيْهِ بِهِ ، كَمَا سَأَلْتِنَا ، وَعَلَى أَنَّ هَذَا يُفَارِقُ الدَّيْنَ ، لِكُونَ الدَّيْنِ

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب زِيَادَةٌ : « مِنْهُمْ » .

(١٧) فِي أ ، ب ، م : « وَيَكُونَانِ » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « السَّيِّدِ » .

(١٩) فِي م : « يَرْجِعُ » .

(٢٠) فِي م : « وَرَجَعَ » .

لَا يَتَعَلَّقُ بِمَا فِي يَدِ الْعَرِيمِ ، إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِدَمَّتِهِ فَحَسَبُ ، وَالسَّيِّدُ يَتَعَلَّقُ حَقَّهُ بِمَا فِي يَدِ الْمُكَاتِبِ ، فَلَا يَدْفَعُ شَيْئًا مِنْهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، إِلَّا كَانَ حَقُّ الْآخَرِ ثَابِتًا فِيهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ رَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِخَمْسِينَ ، اسْتَقَرَّ مِلْكُ الشَّرِيكِ فِيهِ عَلَى مَا أَخَذَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْعَبْدُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَبَضَ حَقَّهُ . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، وَعَلَى الْعَبْدِ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ عَنْ أَدَاءِ مَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ تَعَجُّيزُهُ وَاسْتِرْقَاقُهُ ، وَيَكُونُ نِصْفُهُ حُرًّا ، وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، وَيَرْجِعُ^(٢١) عَلَى الشَّرِيكِ بِنِصْفِ مَا أَخَذَهُ ، وَلَا تَسْرَى الْحُرِّيَّةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ وَالْعَبْدَ يَتَقَدَّانُ أَنَّ^(٢٢) الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ فِي جَمِيعِهِ ، وَأَنَّ هَذَا الْمُنْكَرَ غَاصِبٌ لِهَذَا النِّصْفِ الَّذِي اسْتَرْقَقَهُ ، ظَالِمٌ بِاسْتِرْقَاقِهِ ، وَالْمُنْكَرُ يَدَّعِي رِقَّ الْعَبْدِ جَمِيعِهِ ، وَلَا يَعْتَرِفُ بِحُرِّيَّةِ شَيْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّنِي مَا قَبَضْتُ نَصِيبِي مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَشَرِيكِي إِنْ قَبَضَ شَيْئًا فَقَدْ^(٢٣) قَبَضَ شَيْئًا^(٢٤) اسْتَحَقَّ نِصْفَهُ بِغَيْرِ إِذْنِي ، فَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ هَذَا الْقَبْضُ . وَسِرَايَةُ الْعِتْقِ مُمْتَنِعَةٌ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِيمَا إِذَا عَتَقَ بَعْضُهُ وَبَقِيَ بَعْضُهُ رَقِيقًا ، وَجَمِيعُهُمْ يَتَّفِقُونَ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ . وَهَذَا مَنْصُوصُ^(٢٥) الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

و٢٦٠/١١

فصل : فَإِنْ أَدَّعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ دَفَعَ الْمِائَةَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لِيَدْفَعَ إِلَى شَرِيكِهِ حَقَّهُ ، وَيَأْخُذَ الْبَاقِي ، وَأَتَكَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حَلَفَ ، وَبَرَى . وَإِنْ^(٢٥) قَالَ : إِنَّمَا دَفَعْتُ إِلَى حَقِّي ، وَإِلَى شَرِيكِي حَقَّهُ . وَلَا بَيِّنَةٌ لِلْعَبْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا قَدْرَ حَقِّهِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نَزَاعَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِنِصْفِهِ ، وَمُطَالَبَةُ^(٢٦) الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبَضَهُ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ مُطَالَبَةَ

(٢١) فِي م : « وَرَجَعَ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣-٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٤) فِي م : « الْمَنْصُوصُ عَنْ » .

(٢٥) فِي م : « وَإِذَا » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « فَيُطَالَبُهُ » .

العبد ، فله القَبْضُ منه بغير يَمِينٍ ، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه ، فللشريك عليه اليمينُ أنه لم يقبض من المكاتب شيئا ؛ لأنه لو أقر بذلك ، لسقط حقه من الرجوع ، فإذا أنكره ، لزمته اليمينُ . فإن شهد القابض على شريكه بالقبض ، لم تقبل شهادته لمعتنين ؛ أحدهما ، أن المكاتب لم يدع عليه شيئا ، وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى . والثاني ، أنه يدفع عن نفسه معرما ، فإن عجز العبد ، فلغير القابض أن يسترق نصفه ، ويقوم عليه نصيب شريكه ؛ لأن العبد مُعْتَرَفٌ برقه ، غير مدَّعٍ لحرية هذا النصيب ، بخلاف التي قبلها . ويحتمل أن لا تقوم أيضا ؛ لأن القابض يدعى حرية جميعه ، والمُنْكَرُ يدعى ما يوجب رِقَّ جميعه ، فإنهما يقولان : ما (٢٧) قَبْضُهُ قَبْضُهُ (٢٧) بغير حق ، فلا يعتق حتى يُسَلَّمَ إلى مثل ما سلَّم إليه . وإن (٢٨) كان أحدهما يدعى رِقَّ جميعه ، والآخر يدعى حرية جميعه ، فما / اتفقا على حرية البعض دون البعض . ٢٦٠/١١ ظ

فصل : وإن اعترف المدعى [عليه] (٢٩) بقبض المائة ، على الوجه الذي ادعاه المكاتب ، وقال : قد دفعتُ إلى شريكي نصفها . فأنكر الشريك ، فالقول قوله مع يمينه ، وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه ، وللمرجوع عليه أن يحلفه . فإن رجع على الشريك ، فأخذ منه خمسين ، كان له ذلك ؛ لأنه اعترف بقبض المائة كلها ، ويعتق المكاتب ؛ لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ، ولا يرجع الشريك عليه بشيء ؛ لأنه يعترف له بأداء ما عليه ، وبرأته منه ، وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ، فلا يرجع على غير ظالمه . وإن رجع على العبد ، فله أن يأخذ منه الخمسين ؛ لأنه يزعم أنه ما قبض شيئا من كتابته ، وللعبد الرجوع على القابض بها ، سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه ؛ لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعا غير مُبرٍ ، فكان مُفَرِّطًا . ويعتق العبد بأدائها ، فإن عجز عن أدائها ، فله أن يأخذها من القابض ، ثم يسلمها ، فإن تعدر ذلك ، فله تعجيزه ، واسترقاق نصفه ، ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضا عن نصيبه ، ويقوم على الشريك القابض إن كان مُوسِرا ، إلا أن يكون العبد يُصدقه في دفع الخمسين إلى

(٢٧-٢٧) في ب : « قبضته » .

(٢٨) في م : « وإذا » .

(٢٩) تكملة يصح بها المعنى .

شَرِيكِهِ ، فَلَا يَقُومُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ أَنَّهُ خُرٌّ ، وَأَنَّ هَذَا ظَلَمَهُ بِاسْتِرْقَاقِ نِصْفِهِ الْحُرِّ . وَإِنْ أَمَكَنَّ الرَّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِالْخَمْسِينَ ، وَدَفَعَهَا إِلَى الْمُنْكَرِ ، فَاُمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ، فَهَلْ يَمْلِكُ الْمُنْكَرُ تَعْجِيزَهُ وَاسْتِرْقَاقَ نِصْفِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي تَعْجِيزِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ ، إِنْ قُلْنَا : لَهُ ذَلِكَ . فَلِلْمُنْكَرِ اسْتِرْقَاقُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَلَيْسَ لِلْمُنْكَرِ اسْتِرْقَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْأَدَاءِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبِضَهُ / ، إِذَا اسْتَرَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ عَلَيْهِ بِهَا لَكَانَ (٣٠) قَابِضًا جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَيَعْتَقُ الْمُكَاتَبُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ قَبْضُهَا فِي نُجُومِهَا ، فَتُنْفَسَخَ الْكِتَابَةُ ، ثُمَّ يُطَالَبُ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ لَهُ الرَّجُوعُ بِنِصْفِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُهَا حَتَّى فُسِّخَتْ الْكِتَابَةُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و ٢٦١/١١

٢٠٠٤ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ : كَاتِبْتُكَ عَلَى الْفَيْنِ . وَقَالَ الْعَبْدُ : عَلَى الْإِفِّ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ)

قال القاضي : هذا المذهب . نصَّ عليه أحمد ، رضي الله عنه ، في رواية الكوسج . وهو قول الثوري ، والأوزاعي ، وإسحاق . وقال أبو بكر : اتفق أحمد ، والشافعي ، على أنهما يتحالفان ، ويتزادان . وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما ، فيتحالفان إذا لم تكن بيته ، كالمُتَبَاعَيْنِ . وحكى عن أحمد ، رضي الله عنه ، رواية ثالثة ، أن القول قول المُكَاتَبِ . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه مُنْكَرٌ لِلْإِفِّ الرَّائِدِ ، والقول قول (١) المُنْكَرِ ، ولأنه مدعى (٢) عليه ، فيدخل في عموم قوله عليه السلام : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » (٣) . ولنا ، أنه اختلف في (٤) الكتابة ، فالقول قول السَّيِّدِ فيه (٥) ، كالمختلف في أصلها ، ويفارق البيع من وجهين ؛ أحدهما ،

(٣٠) في م : « كان » .

(١) في م : « على » .

(٢) في الأصل : « يدعى » .

(٣) تقدم تخرجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ عَدَمُ مِلْكٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَا صَارَ إِلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ فِي الْمُكَاتَبِ وَكَسْبِهِ أَنَّهُ لِسَيِّدِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّحَالُفَ فِي الْبَيْعِ مُفِيدٌ ، وَلَا فَائِدَةَ فِي التَّحَالُفِ فِي الْكِتَابَةِ ؛ فَإِنَّ الْحَاصِلَ مِنْهُ يَحْصُلُ يَمِينُ السَّيِّدِ وَحْدَهُ ، وَيَبَيَّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَاصِلَ بِالتَّحَالُفِ فَسَخُّ الْكِتَابَةِ ، وَرَدُّ الْعَبْدِ إِلَى الرِّقِّ ، إِذَا لَمْ يَرْضَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ ، وَهَذَا يَحْصُلُ مِنْ جَعْلِ الْقَوْلِ قَوْلَ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَلَا يُشْرَعُ التَّحَالُفُ مَعَ عَدَمِ فَائِدَتِهِ ، وَإِنَّمَا / قَدْ مَنَّا قَوْلَ ٢٦١/١١ ظ الْمُنْكَرِ فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَالْأَصْلُ هُنَا مَعَ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مِلْكُهُ الْعَبْدَ وَكَسْبُهُ ، فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَامْتَنَى حَلَفَ السَّيِّدِ ، ثَبَتَتِ الْكِتَابَةُ بِالْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَيْهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا قَبْلَ الْعِتْقِ أَوْ بَعْدَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْفَيْنَ فَيُعْتَقَ ، ثُمَّ يَدَّعِيَ الْمُكَاتَبُ أَنَّ أَحَدَهُمَا عَنِ الْكِتَابَةِ ، وَالْآخَرَ وَدِيعَةً ، وَيَقُولُ السَّيِّدُ : بَلْ (٦) هُمَا جَمِيعًا مَالُ الْكِتَابَةِ . وَمَنْ قَالَ بِالتَّحَالُفِ ، قَالَ : إِذَا تَحَالَفَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسَخُّ الْكِتَابَةِ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى بِقَوْلِ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ التَّحَالُفُ بَعْدَ الْعِتْقِ فِي مِثْلِ الصُّورَةِ (٧) الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، لَمْ تَرْتَفِعِ الْحُرِّيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهَا بَعْدَ حُصُولِهَا ، وَلَا إِعَادَةُ الرِّقِّ بَعْدَ رَفْعِهِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ السَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ ، وَيُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَدَّى إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، تَقَاصًا بِقَدْرِ أَقْلَهُمَا ، وَأَخَذَ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي أَدَاءِ التُّجُومِ ، فَقَالَ الْمُكَاتَبُ : أَذَيْتُ ، وَعَتَقْتُ . وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ (٨) . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي إِبْرَائِهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ ، وَاسْتَوْفَى مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَذَرِ مِنَ الْآخَرِ مِنْ أَهْلِهِمَا اسْتَوْفَى ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَ عَبْدًا مِنْ غَيْبِهِ وَأُتْسِئَهُ . فَإِنْ ادَّعَى الْآخَرُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَدَّى ، فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ مَا أَدَّى

(٦) سقط من : ب ، م .

(٧) في م : « الصور » .

(٨) سقط من : الأصل ، م ، م .

إليه^(٩) . فإن نكَلَ ، عَتَقَ الْآخَرَ . وإن مات السَّيِّدُ قَبْلَ الْقُرْعَةِ ، أَقْرَعَ الْوَرَثَةَ . فإن ادَّعى الْآخَرُ عَلَيْهِمْ أَنَّهُ الْمُودَى ، فعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَدَّى ؛ لَأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى نَفْيِ فِعْلٍ الْغَيْرِ . فإن أَقَامَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَدَّى ، عَتَقَ ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ / الْقُرْعَةِ^(١٠) أو بَعْدَهَا ، فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ^(١١) أو بَعْدَ مَوْتِهِ ، فإن كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقُرْعَةِ^(١٢) تَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كَانَ بَعْدَهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَيْسَتْ عِتْقًا ، وَإِنَّمَا هِيَ مُعَيَّنَةٌ لِلْعِتْقِ ، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا ، فَيُثْبِتُ^(١٣) بِهَا خَطَأَ الْقُرْعَةِ ، فَيَتَبَيَّنُ^(١٤) بَقَاءُ الرِّقِّ فِي الذِّي ظَنَنَّا حُرِّيَّتَهُ ، كَمَا تَبَيَّنَ حُرِّيَّةُ مَنْ ظَنَنَّا رِقَّهُ ، وَلَأنَّ مَنْ لَمْ يُودَّ ، لَا يَصِيرُ مُودِيًا بِوُقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ ، فَلَا يُوجَدُ حُكْمُهُ الذِّي^(١٥) هُوَ الْعِتْقُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّهُ يَعْتَقَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ^(١٦) . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ السَّيِّدُ الْمُودَى مِنْهُمَا ، وَمَتَى ادَّعى الْآخَرُ أَنَّهُ أَدَّى ، فَهوَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ كَانَ السَّيِّدُ أَوْ وَرَثَتُهُ ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعى عَلَيْهِ السَّيِّدُ ، فَالْيَمِينُ عَلَى الْبَتِّ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَالْيَمِينُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعى الْأَدَاءَ إِلَيْهِمْ ، فَتَكُونُ أَيْمَانُهُمْ عَلَى الْبَتِّ أَيْضًا . وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُدَّعى^(١٧) عَلَيْهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْيَمِينُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِاللَّدَعْوَى .

فصل : وإذا كان للمُكَاتَبِ أولادٌ من مُعْتَقَةٍ آخَرَ غَيْرِ سَيِّدِهِ ، فَقَالَ سَيِّدُهُ : قَدْ أَدَّى إِلَيَّ ، وَعَتَقَ ، فَانْجَرَّ وَلَاءُ وَلَدِهِ إِلَيَّ . فَأُنْكَرَ ذَلِكَ مَوْلَى أُمِّهِمْ ، وَكَانَ الْمُكَاتَبُ حَيًّا ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا بِهَذَا الْقَوْلِ ؛ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ سَيِّدِهِ بِعِتْقِهِ ، وَيَنْجَرُّ وَلَاءُ وَلَدِهِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ،

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠-١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١١) في م : « السيد » .

(١٢) في ب ، م : « فثبت » .

(١٣) في ب ، م : « فتبين » .

(١٤) في أ : « للذي » . وفي ب : « بالذي » .

(١٥) تقدم في : ٥٢٥/١٠ .

(١٦) في ب ، م : « يدعى » .

فَالْقَوْلُ قَوْلُ^(١٧) مَوْلَى أُمِّهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الرُّقَّ ، وَبَقَاءُ وَلَائِهِمْ لَهُ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَبْقَى وَلَاؤُهُمْ لَهُ .

٢٠٠٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا أَعْتَقَ الْأَمَّةَ ، أَوْ كَاتِبَهَا ، وَشَرَطَ مَا فِي بَطْنِهَا ، أَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونَهَا ، فَلَهُ شَرْطُهُ^(١))

رَوَى نَحْوُ هَذَا الْقَوْلِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَالنَّحَعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنِ الْمُثَنِّدِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : لَهُ مَا اسْتَنْتَى . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ : إِذَا اسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَهُ ثُنْيَا^(٢) . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْجَنِينِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(٣) . وَلَأنَّهُ لَا يَصِحُّ^(٤) اسْتِثْنَاؤُهُ فِي الْبَيْعِ ، فَلَا يَصِحُّ^(٥) فِي الْعِتْقِ ، كَبَعْضِ أَعْضَائِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَلَمْ نَعْلَمْ لهما مَخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ فِي الْعِتْقِ ، وَلَا أَذْهَبُ إِلَيْهِ فِي الْبَيْعِ . وَقَدْ رَوَى الْأَثَرُ / ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ أَعْتَقَ جَارِيَةً ، وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا^(٦) . وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، ٢٦٢/١١ ظ
قَالَ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٧) . وَهَذَا قَدْ شَرَطَ مَا فِي بَطْنِ مُعْتَقِهِ ، فَكَانَ لَهُ بِمُقْتَضَى الْخَبَرِ . وَلَأنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُهُ^(٨) بِالْعِتْقِ ، فَصَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ^(٩) كَالْمُنْفَصِلِ^(١٠) . وَأَمَّا خَبَرُهُمْ ، فنَقُولُ بِهِ ، وَالْحَمْلُ مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ^(١١) اسْتِثْنَاؤُهُ^(١٢) بِمُقْتَضَى الْحَدِيثِ ، وَيُفَارِقُ

(١٧) سقط من : الأصل .

(١) في ب ، م : « الشرط » .

(٢) في م : « استثنائه » .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ١٣١/٦ ، ١٣٢ .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) تقدم في : ١٧٥/٦ .

وانظر ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يعتق أمته ويستثنى ما في بطنها ، من كتاب البيوع والأفضية .

المصنف ١٥٤/٦ .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٠/٦ .

(٧) في ب ، م : « إقراره » .

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في م : « فيصح » .

الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ ^(١١) عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعِلْمُ بِصِفَاتِ الْعَوَضِ ؛ لِيُعْلَمَ هَلْ هُوَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُعَوَضِ ^(١٢) أَمْ لَا ؟ وَالْعِتْقُ تَبَرُّعٌ لَا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِ الْمُعْتَقِ . وَلَا تُنَافِيهِ الْجَهَالَةُ بِهَا ، وَيَكْفِي الْعِلْمُ بِوُجُودِهِ ، وَقَدْ عُلِمَ ذَلِكَ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ إِفْرَادُ الْحَمْلِ بِالْعِتْقِ ، وَلَمْ يَصِحَّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، ^(١٣) وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَهُ فِي الْبَيْعِ ^(١٤) إِذَا بَطَلَ ، بَطَلَ ^(١٥) الْبَيْعُ كُلُّهُ ، وَهَهُنَا إِذَا بَطَلَ اسْتِثْنَاؤُهُ ^(١٦) ، لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ فِي الْأُمَةِ ، وَيَسْرَى الْإِعْتَاقُ إِلَيْهِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ إِلْحَاقُهُ ^(١٧) مَعَ تَضَادِّ الْحُكْمِ فِيهِمَا ؟ وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى بَعْضِ أَعْضَائِهَا ؛ لِأَنَّ الْعُضُومَ لَا يُتَصَوَّرُ إِفْرَادُهُ ^(١٨) بِالرَّقِّ أَوْ الْحُرِّيَّةِ ^(١٩) دُونَ الْجُمْلَةِ ^(٢٠) ، وَلِذَلِكَ ^(٢١) لَوْ أُعْتِقَ عُضْوًا مِنْ أُمَّتِهِ ، صَارَتْ كُلُّهَا حُرَّةً ، فَإِذَا أُعْتِقَ ^(٢٢) بَعْضُهَا ، سَرَى إِلَى الْمُسْتَنْتَى ، وَالْوَلَدُ حَيَوَانٌ مُتَفَرِّدٌ ، لَوْ أُعْتِقَهُ لَمْ تَسْرِ الْحُرِّيَّةُ إِلَى أُمِّهِ ، وَيَصِحُّ انْفِرَادُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ أُمِّهِ ، فِيمَا إِذَا أُعْتِقَهُ دُونُهَا ، وَفِي وَلَدِ الْمَعْرُورِ بِحُرِّيَّةِ أُمِّهِ ، وَفِيمَا إِذَا وُطِئَ بِشَبْهَةٍ ، وَفِي وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَلَا ^(٢٣) يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَعْضَاءِ ، وَلِأَنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ وَيُورِثُ ، وَيُوصَى بِهِ وَلَهُ ، وَإِذَا قُتِلَ كَانَ بَدْلُهُ مُورَثًا ، وَلَا تُخْتَصُّ بِهِ أُمُّهُ ، وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِقَتْلِهِ ، وَالذِّيَّةُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أَعْضَائِهَا ؟ فَأَمَّا إِنْ أُعْتِقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونُهَا ، فَلَا أَعْلَمُ خِلَافًا فِيهِ . قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ : سُئِلَ سُفْيَانُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ : مَا فِي بَطْنِكَ حُرٌّ . قَالَ : هُوَ حُرٌّ ، وَالْأُمُّ مَمْلُوكَةٌ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا مِنْهَا ، وَلَيْسَتْ هِيَ مِنْ وَلَدِهَا . قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : جَيِّدٌ .

(١١) في م : « فإنه » .

(١٢) في الأصل : « العرض » . وفي ب ، م : « العوض » .

(١٣-١٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في الأصل : « استيفاءه » .

(١٦) في م : « إعتاقه » . وفي الأصل زيادة : « به » .

(١٧) في أ ، ب ، م : « انفراده » .

(١٨) في م : « والحرية » .

(١٩) في م : « الحمل » .

(٢٠) في أ ، ب ، م : « وكذلك » .

(٢١) في ب ، م : « عتق » .

(٢٢) سقطت الواو من : ب ، م .

وقال مُهَنَّأ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ أَمَتَهُ ، فَقَالَتْ : قَدْ حَبِلْتُ .
فَقَالَ لَهَا مَوْلَاهَا : مَا فِي بَطْنِكَ حُرٌّ . وَلَمْ تَكُنْ حَامِلًا . قَالَ : لَا تَعْتِقُ . فَأَعْدْتُ^(٢٣) عَلَيْهِ
الْقَوْلَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَقَالَ / : لَا يَكُونُ شَيْءٌ ، إِنَّمَا أَرَادَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ . قَالَ ۲٦٣/١١ وَ
الْمُرُوذِيُّ : وَسُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ ، وَاسْتَتْنَى^(٢٤) خِدْمَتَهُ شَهْرًا ،
فَقَالَ : جَائِزٌ .

٢٠٠٦ - مسألة ؛ قال (: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعَجَّلَ الْمُكَاتِبُ لِسَيِّدِهِ^(١) بَعْضَ
كِتَابَتِهِ^(٢) ، وَيَضَعُ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ)

وجملته أنه إذا كاتبه على ألف في نجمين إلى سنة ، ثم قال : عَجَّلْ لِي خَمْسِمَائَةٍ مِنْهُ ،
حَتَّى أَضَعَ عَنْكَ الْبَاقِي ، أَوْ حَتَّى أُبْرِتَكَ مِنَ الْبَاقِي . أَوْ قَالَ : صَالِحِنِي مِنْهُ عَلَى خَمْسِمَائَةٍ
مُعَجَّلَةٍ . جَازَ ذَلِكَ . وَبِهِ يَقُولُ طَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَكَرِهَهُ
الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعُ أَلْفٍ
بِخَمْسِمَائَةٍ ، وَهُوَ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ ، وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي الدِّينِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ ، وَهَذَا أَيْضًا هَبَّةٌ ، وَلِأَنَّ
هَذَا لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ ، وَالرِّبَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ هَذَا بَيْنَهُمَا ،
كَالْأَجَانِبِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا هُوَ دَيْنٌ صَحِيحٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ
عَلَى أَدَائِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ ، وَمَا يُودِّيهِ إِلَى سَيِّدِهِ كَسَبُ عَيْدِهِ ،
وَإِنَّمَا جَعَلَ الشَّرْعُ هَذَا الْعَقْدَ وَسِيلَةً إِلَى الْعِتْقِ ، وَأَوْجَبَ فِيهِ التَّأَجِيلَ مُبَالَعَةً فِي تَحْصِيلِ
الْعِتْقِ ، وَتَخْفِيفًا عَنِ الْمُكَاتِبِ ، فَإِذَا أُمِّكَنَهُ التَّعْجِيلُ عَلَى وَجْهِهِ يُسْقِطُ^(٣) عَنْهُ بَعْضُ^(٢) مَا
عَلَيْهِ ، كَانَ أَتْلَعُ فِي حُصُولِ الْعِتْقِ ، وَأَخَفَّ عَلَى الْعَبْدِ ، وَيَحْصُلُ مِنَ السَّيِّدِ إِسْقَاطُ

(٢٣) في م : « فأعادت » .

(٢٤) في ب ، م زيادة : « منه » .

(١-١) سقط من : أ ، ب .

(٢) في ب : « سقط » .

(٣) سقط من : ب .

بعض^(٤) ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ،
 ويُفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويُفارق الأجانب من حيث إن هذا عبده ، فهو أشبه بعبده
 القن . وأما^(٥) قولهم : إن الربا يجري بينهما . فتمنعه على ما ذكر ابن أبي موسى ، وإن
 سلمنا^(٦) ، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية ؛ فإنه إسقاط
 لبعض الدين ، وriba الجاهلية زيادة في الدين ، وriba الجاهلية يُفصى إلى نفاذ مال المدين^(٧) ،
 وتحمله من الدين ما يعجز عن وفائه ، فيحس من أجله ، ويؤسر به ، وهذا يُفصى إلى
 تعجيل / عتق المكاتب ، وخلاصه من الرق ، والتخفيف عنه ، فافترقا .

ظ ٢٦٣/١١

فصل : فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين ، مثل أن يكاتبه على ألف ، في نجمين ،
 إلى سنة ، يؤدى في نصفها خمسمائة ، وفي آخرها الباقي ، فيجعلها إلى سنتين بألف
 ومائتين ، في كل سنة ستُمائة ، أو مثل أن يحل عليه نجم ، فيقول : أخرني به إلى كذا ،
 وأزيدك كذا . فيحتمل أنه لا يجوز ؛ لأن الدين المؤجل إلى وقت ، لا يتأخر أجله عن وقته
 باتفاقهما عليه ، ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته ، لم تصح الزيادة التي في
 مقابله ، ولأن هذا يُشبه ربا الجاهلية المحرم ، وهو الزيادة في الدين للزيادة في الأجل ،
 ويُفارق المسألة^(٧) الأولى من هذين^(٨) الوجهين . فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر ،
 كذلك لا يتعجل ، ولا يصير الدين المؤجل حالا ، فلم جاز في المسألة الأولى ؟ قلنا :
 إنما جاز في المسألة الأولى بالتعجيل فعلا ، فإنه إذا دفع إليه الدين المؤجل قبل محله ،
 جاز ، وجاز^(٩) للسيد إسقاط باقي حقه عليه ، وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه
 العقد ، فهو ضد المسألة الأولى ، وهو ممتنع^(٩) من وجه آخر ؛ لأن في ضمن الكتابة ،

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقطت « أما » من : م .

(٦) في م : « سلمناه » .

(٧) في الأصل : « المسلمة » .

(٨) في م زيادة : « إلى » .

(٩) في م : « منع » .

إِنَّكَ مَتَى أَذَيْتَ إِلَى كَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَإِذَا أَدَّى إِلَيْهِ ذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقَ ، فَإِنْ قِيلَ :
فَإِذَا غَيَّرَ الْأَجَلَ وَالْعَوْضَ ، فَكَأَنَّهُمَا فَسَحَا الْكِتَابَةَ الْأُولَى ، وَجَعَلَاهَا كِتَابَةً ثَانِيَةً . قُلْنَا : لَمْ
يَجْرِ بَيْنَهُمَا فَسْحٌ ، وَإِنَّمَا قَصْدَانِ غَيْرِ الْعَوْضِ وَالْأَجَلِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَصِحُّ ، قَبْطَلُ^(١٠)
التَّغْيِيرُ وَيَقَى^(١١) الْعَقْدُ بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . فَعَلَى هَذَا ،
لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ . ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، كَانَ^(١٢) لَهُ الرُّجُوعُ . وَكَذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، لَوْ
قَالَ : أَعْجَلُ لَكَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَتُسْقِطُ عَنِّي مِنْهُ كَذَا ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ
التَّعْجِيلِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الدَّيْنَ الْمُوجَّلَ لَا يَتَأَخَّرُ عَنْ أَجَلِهِ وَلَا يَتَقَدَّمُ ،
وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُؤَدِّيَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَلَمَنْ لَهُ الدَّيْنُ تَرَكَ قَبْضَهُ فِي مَحَلِّهِ ، وَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِهِ ، فَإِذَا
وَعَدَ بِهِ ثُمَّ رَجَعَ قَبْلَ الْفِعْلِ ، فَلَهُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ عَمَّا / فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ جَنْسِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَنْ ٢٦٤/١١
التَّقْوِدِ بِحَنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ ، جَازَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى شَيْءٍ مُوجَّلٍ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ يَتَّعِ
دَيْنٌ بِدَيْنٍ . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنِ الدَّرَاهِمِ بِدَنَانِيرَ ، أَوْ عَنْ^(١٣) الْحَنْطَةِ بِشَعِيرٍ ، لَمْ يَجُزِ
التَّفَرُّقُ^(١٤) قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَتَّعِ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَيُشْتَرَطُ لَهُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ . وَقَالَ
الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَذِهِ الْمُصَالِحَةُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ مِنْ شَرْطِهِ التَّأْجِيلُ ،
فَلَمْ تَجْزِ الْمُصَالِحَةُ عَلَيْهِ بغيرِهِ ، وَلِأَنَّهُ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَهُوَ كَدَيْنِ السَّلَامِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي
مُوسَى : لَا يَجْرِي الرِّبَا بَيْنَ الْمُكَاتَبِ وَسَيِّدِهِ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، تَجُوزُ الْمُصَالِحَةُ كَيْفَمَا
كَانَتْ ، كَمَا يَجُوزُ ذَلِكَ بَيْنَ الْعَبْدِ الْقَيْنِ وَسَيِّدِهِ . وَالْأُولَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَيَفَارِقُ دَيْنُ الْكِتَابَةِ دَيْنَ
السَّلَامِ ؛ فَإِنَّهُ يَفَارِقُ سَائِرَ الدَّيُونِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَمُفَارَقَتُهُ لَدَيْنِ السَّلَامِ أَكْثَرُ .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) فِي أ ، ب ، م : « فَيُطَل » .

(١١) فِي م : « يَقِي » .

(١٢) فِي ب ، م : « فَإِنْ » .

(١٣) فِي ب : « وَعَنْ » .

(١٤) فِي ب ، م : « التَّصَرُّف » .

٢٠٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ^(١) ، فَكَاتَبَ أَحَدُهُمَا ، فَلَمْ يُوَدَّ كُلَّ كِتَابَتِهِ حَتَّى أَعْتَقَ الْآخَرَ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ ^(٢) حُرًّا ، وَيَرْجِعُ الشَّرِيكُ عَلَى الْمُعْتِقِ بِنَصْفِ قِيمَتِهِ)

قد ذكرنا فيما تقدم ، أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة ^(٣) نصيبه منه ^(٤) ،
 بغير إذن شريكه ، ويبقى سائر غير مكاتب ، فإذا فعل هذا ، فأعتق ^(٥) الذى لم يكتبه
 حصته منه ، وهو موسرٌ ، عتق ، وسرى العتق إلى باقيه ، فصار كله حُرًّا ، ويضمن
 لشريكه قيمة حقه ^(٦) منه ، ويكون الرجوع ^(٧) بقيمته مكاتبًا ، يبقى على ما بقى من
 كتابته ؛ لأن الرجوع عليه بقيمة ما أئلف ، وإنما أئلف مكاتبًا . وإن كان المعتق
 معسرًا ، لم يسر العتق . على ما مضى فى باب العتق ^(٨) . وقال أبو بكر ، والقاضى : لا
 يسرى العتق فى الحال ، لكن ينظر ؛ فإن أدى كتابته ، عتق باقيه بالكتابة ، وكان ولاؤه
 بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه ، سرى العتق ، وقوم عليه حينئذ ؛ لأن سريّة العتق
 فى الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذى انعقد سببه ، ونقله عن المكاتب إلى غيره . وقال
 ابن أبى ليلى : عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع فى الكتابة ، فإن أداها ، عتق ،
 وكان المكاتب ضامنًا لقيمة نصيب شريكه ، وولاؤه كله للمكاتب . وإن عجز ، سرى
 عتق الشريك ، وضمن نصف القيمة للمكاتب ، وكان ولاؤه كله له . وأما ^(٩) الشافعى فلا
 يجوز كتابة أحد الشريكين ، إلا أن يأذن فيه شريكه ، فيكون فيه قولان ، فإذا كاتبه بإذن
 شريكه ، ثم أعتق الذى لم يكتب ، فهل يسرى فى الحال ، أو يقف على العجز ؟ فيه
 قولان . ولنا ، قول النبى ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ فِى عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ ،

(١) فى ١ ، م : « اثنين » .

(٢) فى م زيادة : « كله » .

(٣) فى الأصل : « كتابته » .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى م : « عتق » .

(٦) فى م : « حصته » .

(٧) فى م : « الرجوع » .

(٨) انظر ما تقدم فى : صفحة ٣٥١ ، ٣٥٨ .

(٩) فى م زيادة : « مذهب » .

قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ^(١٠) ». وهذا داخل في عموميه ، ولأنه عتق لجزء من العبد موسير ، غير محجور عليه ، فسرى إلى باقيه ، كما لو كان قنًا ، ولأن مقتضى السراية متحقق ، والمانع منها لم يثبت كونه مانعًا ؛ فإنه لا نص فيه ، ولا أصل له يقاس عليه ، فوجب أن يثبت . وقولهم : إنه يفضى إلى إبطال الولاء . قلنا : إذا كان العتق يؤثر في إبطال الملك الثابت المستقر ، الذى الولاء من بعض آثاره ، فلأن يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ، ولأنه لو أعتق عبدا له أولاد من معتقة قوم ، نقل ولأهم إليه ، فإذا نقل ولأهم الثابت باعتراف غيرهم ، فلأن ينقل ولأهم لم يثبت بعد باعتراف من عليه الولاء أولى ، ولأنه نقل الولاء ثم عمن لم يغرم له عوضًا ، فلأن ينقله بالعوض أولى ، فانتقال الولاء في موضع جر^(١١) الولاء ، ينبئ على سراية العتق . وانتقل^(١٢) الولاء إلى المعتق ؛ لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أن الولاء ثم ثابت ، وههنا بعرض الثبوت . والثانى ، أن النقل حصل ثم باعتراف غيره ، وههنا باعترافه . والثالث ، أنه انتقل ثم بغير عوض ، وههنا بعوض .

فصل : وإن كان المعتق مفسرا ، لم يسر عتقه ، وكان نصيبه حرا ، وباقيه على الكتابة ، فإن أدى ، عتق عليهما ، وكان ولأوه بينهما ، وإن عجز ، عاد الجزء المكاتب رقيقا قنًا ، إلا على الرواية التى تقول : يستسعى العبد . فإنه يستسعى عند عجزه فى قيمة باقيه ، ولا يستسعى فى حال الكتابة ؛ لأن الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه ، فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم ، فإذا عجز ، وفسخت الكتابة ، بطلت ، ورجع إلى السعاية فى القيمة . والله أعلم .

فصل : ونقل عن أحمد ، رضى الله عنه ، أنه سئل عن عبيدين شريكين ، فكاتباه على ألف درهم ، فأدى إليهما تسعمائة ؛ لهذا أربعمائة درهم^(١٣) وخمسين درهما^(١٣) ولهذا أربعمائة درهم^(١٣) وخمسين درهما^(١٣) ثم إن أحدهما ، أعتق نصيبه ؟ قال : إن كان

(١٠) فى ب ، م : « عدل » . وتقدم تخرج الحديث فى : ٣٦٢/٧ .

(١١) فى الأصل ، ١ : « أجر » .

(١٢) فى ١ : « وانتقال » .

(١٣) سقط من : م .

للمُعْتِقِ مَالٌ^(١٤)، أَدَّى إِلَى شَرِيكَهِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، لَا يُحَاسِبُهُ^(١٥) بِمَا أَخَذَ^(١٦)؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَابَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ، وَلَأَنَّهُ قَدْ بَجُوزَ أَنْ يَعْجَزَ^(١٧)، فَيُعَوِّدُ إِلَى الرَّقِّ، أَوْ يَمُوتَ، فَيَكُونُ عِنْدَهُ مَالٌ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا. وَتَقُلُّ عَنْهُ حَنْبَلٌ، أَنَّهُ يَعْتِقُ إِلَّا نِصْفَ الْمِائَةِ عَلَى هَذَا، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ عَلَى قَدْرِ مَا عَتَقَ. فَالرَّوَايَةُ الْأُولَى تُوَافِقُ قَوْلَ الْخَرَقِيِّ، فَإِنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى الْمُعْتِقِ غَرَامَةَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ. وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ، عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي عَتَقَ عَلَيْهَا، وَهُوَ كَوْنُهُ مُكَاتَّبًا^(١٨)، قَدْ أَدَّى كِتَابَتَهُ إِلَّا مِائَةً مِنْهَا، وَهِيَ عَشْرُهَا. وَأَمَّا رَوَايَةُ حَنْبَلٍ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ عَلَى مَا قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي، فِي أَنَّهُ لَا يَسْرَى الْعِتْقُ إِلَى الْجُزْءِ الْمُكَاتَّبِ لِغَيْرِهِ. وَقَدْ نَصَرْنَا الرَّوَايَةَ الْأُولَى بِمَا ذَكَرْنَاهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

٢٠٠٨ - مسألة؛ قال: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ، وَرُدَّ فِي الرَّقِّ، وَكَانَ قَدْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ)

وجملته أن المكاتب إذا عجز، وفي يده مال، ورُدَّ في الرِّقِّ، فهو لسيِّده، سواء كان من كسبه، أو من صدقة تطوُّع، أو وصية. وما كان من صدقة مفروضة^(١) ففيه روايتان؛ إحداهما، هو لسيِّده. وهو قول أبي حنيفة. وقال عطاء: يجعله في السَّبِيلِ أَحَبُّ إِلَيَّ، وَإِنْ أَمْسَكَهُ / فَلَا بَأْسَ. والرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ، يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ، فَيُجْعَلُ فِي الْمُكَاتَّبِينَ. ٢٦٥/١١ نَقَلَهَا حَنْبَلٌ. وهو قول شريح، والنَّحَعِيِّ، والثَّوْرِيِّ. واختار أبو بكرٍ والقاضي، أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَى أَرْبَابِهِ. وهو قول إسحاق؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دُفِعَ إِلَيْهِ لِيُصْرَفَ فِي الْعِتْقِ، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ فِيهِ، وَجِبَ رَدُّهُ، كَالْغَازِي وَالْغَارِمِ وَابْنِ السَّبِيلِ. وَلَنَا، أَنَّ ابْنَ عَمَرَ رَدَّ مُكَاتَّبًا فِي الرَّقِّ، فَأَمْسَكَ مَا أَخَذَهُ^(٢) مِنْهُ^(٣). وَلَأَنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِهِ، فَلَمْ يُرَدَّ مَا أَخَذَهُ، كَالْفَقِيرِ وَالْمَسْكِينِ،

(١٤) في الأصل: «ما».

(١٥-١٦) في م: «بها أحد».

(١٦) في ب، م: «يعجزه».

(١٧) في ب: «كاتبًا».

(١) في أ، م زيادة: «عليه».

(٢) في ب: «أخذ».

(٣) أخرجه البيهقي، في: باب عجز المكاتب، من كتاب المكاتب. السنن الكبرى ٣٤١/١٠.

وَأَمَّا الْغَارِى ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا إِلَيْهِ ، بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهِ لِعَزْوِهِ ، وَأَمَّا الْغَارِمُ ، فَإِنْ غَرِمَ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ ، فَهُوَ كَالْغَارِى ، يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا^(٤) ، وَإِنْ غَرِمَ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَمَسْأَلَتِنَا ، لَا يَرُدُّهُ .

فصل : وَأَمَّا مَا أَدَّاهُ إِلَى سَيِّدِهِ قَبْلَ عَجْزِهِ ، فَلَا يَجِبُ رَدُّهُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتِّبَ صَرَفَهُ فِي الْجِهَةِ الَّتِي أَخَذَهُ لَهَا ، وَثَبَّتَ مِلْكُ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا ، فَلَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ عَتَقَ الْمُكَاتِّبُ ، وَفَارِقَ مَا فِي يَدِ الْمُكَاتِّبِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ سَيِّدِهِ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ قَبْلَ هَذَا ، وَالْخِلَافُ فِي ابْتِدَاءِ ثُبُوتِهِ . وَمَاتَلَفَ فِي يَدِ الْمُكَاتِّبِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِهِ ، سَوَاءً عَجَزَ أَوْ أَدَّى ؛ لِأَنَّ مَالَهُ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ مَا فِي يَدِ سَائِرِ أَصْنَافِ الصَّدَقَةِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِهِ عَرْضًا وَعَجَزَ ، وَالْعَرْضُ^(٥) فِي يَدِهِ ، فَفِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا لَوْ وَجَدَهُ^(٦) بَعِيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ عَوَضَهُ ، وَقَائِمَ مَقَامِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُعْطِيَ الْغَارِى مِنَ الصَّدَقَةِ مَا اشْتَرَى بِهِ قَرَسًا وَسِلَاحًا ، ثُمَّ فَضَّلَ ذَلِكَ عَنْ حَاجَتِهِ .

فصل : وَمَوْتُ الْمُكَاتِّبِ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَعَجْزِهِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يَأْخُذُ مَا فِي يَدِهِ قَبْلَ حُصُولِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَدَّى ، وَبَقِيَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ ، فَحُكْمُهُ فِي رَدِّهِ أَوْ أَخْذِهِ لِنَفْسِهِ ، حُكْمُ سَيِّدِهِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ عَجْزِهِ ؛^(٧) لِأَنَّهُ مَالٌ^(٨) لَمْ يُؤَدِّهِ^(٩) فِي كِتَابَتِهِ ، بَقِيَ بَعْدَ زَوَالِهَا . وَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَدَانَ مَا أَدَّاهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ عِنْدَهُ مِنَ الصَّدَقَةِ بِقَدْرِ مَا يَقْضَى بِهِ دَيْنُهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي أَدَائِهَا .

٢٠٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتِّبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا / ٢٦٦/١١ وَالْآخَرُ ، صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ ، وَبَطَلَ شِرَاءُ الْآخَرِ)

لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمُكَاتِّبَ يَصِحُّ شِرَاؤُهُ لِلْعَبِيدِ ، وَالْمُكَاتِّبُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

(٤) فِي ب زِيَادَةً : « لَا إِلَى » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « وَالْعَوَضُ » .

(٦) فِي ب ، م : « وَجَدَ » .

(٧-٧) فِي م : « لِأَنَّ مَا » .

(٨) فِي ب : « يُؤَدِّ » .

فإذا اشترى أحد المكاتبتين الآخر ، صحَّ شراؤه ، وملَّكه ؛ لأنَّ التصرف صدرَ من أهله في محلِّه ، وسواء كانا مكاتبتين لسيِّد واحد ، أو لسيِّدين . فإذا عاد الثاني ، فاشترى الذى اشتراه ، لم يصحَّ ؛ لأنَّ سيِّده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك مالكه ؛ لأنَّه يُفضى إلى تناقض الأحكام ، إذ كلُّ واحدٍ منهما يقول لصاحبه : أنا سيِّدك ، ولى عليك مال الكتابة تُؤدِّيه إلى ، وإن عجزت ، فلى فسخ كتابتك ، وردُّك إلى أن تكون رقيقاً لى . وهذا تناقض ، وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين ؛ لثبوت ملكه عليها فى النكاح ، فهنا أولى ، ولأنَّه لو صحَّ هذا ، لتقاصَّ الدَّينان إذا تساويا ، وعتقا جميعاً . فإذا ثبت هذا ، فشراء الأوَّل صحيح ، والمبيعُ منهما ^(١) باقٍ على كتابته ، فإن أذى عتق ، وولَّاه موقوف ، فإن أذى سيِّده كتابته ، كان له ؛ لأنَّه عتق بأدائه إليه ، وإن عجز ، فولَّاه لسيِّده ؛ لأنَّ العبد لا يثبت له ولَّاء ، ولأنَّ السيِّد يأخذ ماله ، فكذلك حقوقه . هذا مُقتضى ^(٢) قول القاضى ، ومقتضى قول أبى بكر ، أن الولَّاء لسيِّده ؛ لأنَّ المكاتب عبدٌ لا يثبت له ^(٣) الولَّاء ، فيثبت ^(٤) لسيِّده . (ذكرنا ذلك ^(٥) فيما إذا أعتق بإذن سيِّده ^(٦) ، أو كاتب عبده فأدى كتابته ، وهذا نظيره . ويحتمل أن يُفرَّق بينهما ؛ لكون العتق تمَّ بإذن السيِّد ، فيحصل الإلزام منه بإذنه فيه ، وههنا لا يفتقر إلى إذنه ، فلا نعمة له عليه ، فلا يكون له عليه ولَّاء ، ما لم يُعجزه سيِّده . والله أعلم .

فصل : فإن لم يُعلم السَّابِقُ منهما ، فقال أبو بكر : يبطُل البيعان ، ويردُّ كلُّ واحدٍ منهما إلى كتابته ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مشكوكٌ فى صحَّة بيعه ، فيردُّ إلى اليقين . وذكر

(١) فى ب ، م : « ههنا » .

(٢) فى م : « ومقتضى » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل : « ثبت » .

(٥-٥) فى ب ، م : « وكذلك » .

(٦) فى ب : « شريكه » .

(٧) فى ب : « ولا » .

القاضي أَنَّهُ يَجْرَى مَجْرَى ^(٨) مَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ فَأَشْكَلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا، فَيَقْتَضِي ^(٩) هَذَا أَنْ يُفْسَخَ الْبَيْعَانِ، كَمَا يُفْسَخُ النِّكَاحَانِ. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ، لَا حَاجَةَ إِلَى الْفَسْخِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا احْتِيجَ إِلَى فُسْخِهِ مِنْ أَجْلِ الْمَرْأَةِ؛ / فَإِنَّهَا مَنْكُوحَةٌ نِكَاحًا صَحِيحًا، لَوْاحِدٍ ٢٦٦/١١ ظ مِنْهُمَا يَقِينَا، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِفُسْخٍ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ يَثْبُتْ تَعَيُّنُ الْبَيْعِ فِي وَاحِدٍ بَعِيْنِهِ، فَلَمْ يَفْتَقَرْ إِلَى فُسْخٍ.

فصل: وَإِذَا كَاتَبَ عَيْدًا لَهُ، صَفَقَةً وَاحِدَةً، بَعَوْضٍ وَاحِدٍ، مِثْلُ أَنْ يَكَاتِبَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدِهِ بِالْأَلْفِ، صَحَّ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْهُمْ؛ عَطَاءٌ، وَسَلِيمَانُ بْنُ مُوسَى، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَمَالِكٌ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَإِسْحَاقُ. وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنِ الشَّافِعِيِّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ: فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ، لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَعَ ثَلَاثَةٍ، كَعَقُودِ ثَلَاثَةٍ، وَعَوْضُ كُلِّ مِنْهُمْ مَجْهُوْلٌ، فَلَمْ يَصِحَّ، كَمَا لَوْ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْاحِدٍ صَفَقَةً وَاحِدَةً، بَعَوْضٍ وَاحِدٍ. وَلَنَا، أَنَّ جَمْلَةَ الْعَوْضِ مَعْلُومَةٌ، وَإِنَّمَا جُهِلَ تَفْصِيلُهُ ^(١٠)، فَلَمْ تَمْنَعْ ^(١١) صِحَّةَ الْعَقْدِ، كَمَا لَوْ بَاعَهُمْ لَوْاحِدٍ. وَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَوْضَ يَكُونُ بَيْنَهُمْ عَلَى السَّوَاءِ. فَقَدْ عَلِمَ أَيْضًا تَفْصِيلُ الْعَوْضِ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثَلَاثُ، وَكَذَا يَقُولُ فِيمَا لَوْ بَاعَهُمْ لثَلَاثَةٍ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتِبٌ بِحَصْبَتِهِ مِنَ الْأَلْفِ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ حِينَ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْمُعَاوَضَةِ، وَزَوَالِ سُلْطَانِ السَّيِّدِ عَنْهُمْ، فَإِذَا أَذَاهُ، عَتَقَ. هَذَا ^(١٢) قَوْلُ عَطَاءٍ، وَسَلِيمَانُ بْنُ مُوسَى، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ: يَتَوَجَّهُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَوْلُ آخَرٍ، أَنَّ الْعَوْضَ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ، فَيَتَسَاوُونَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ أُضِيفَ إِلَيْهِمْ إِضَافَةً وَاحِدَةً، فَكَانَ بَيْنَهُمْ بِالسَّوَاءِ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَهُمْ بِشَيْءٍ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا عَوْضٌ، فَيُقَسِّطُ ^(١٣) عَلَى الْمُعَوْضِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا وَسَيْفًا، وَكَأَنَّ لَوْ اشْتَرَى عَيْدًا. فَرَدَّ وَاحِدًا مِنْهُمْ بَعِيْبٍ، أَوْ أَثْلَفَ

(٨) سقط من: الأصل .

(٩) في الأصل: « فيفضي » .

(١٠) في م: « تفصيلها » .

(١١) سقط من: ب .

(١٢) في أ، ب: « وهذا » .

(١٣) في الأصل: « فيسقط » .

أحدهم ، وردَّ الآخر . ويُخالف الإقرار ؛ فإنه ليس بعوض . إذا ثبتَ هذا ، فأیهم أدی حصَّته ، عتق . وهذا قول الشافعی . وقال ابنُ أبی موسى : لا یعتق واحدٌ منهم حتى یؤدی جمیعَ الكتابة . وحكى ذلك عن أبی بکر . وهو قول مالک . / وحكى عنه ، أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب^(١٤) مع القدرة عليه ، أجبره^(١٥) عليه الباقيون . واحتجوا بأن الكتابة واحدة ؛ بدليل أنه لا یصح من كل واحدٍ منهم الكتابة بقدر حصَّته دون الباقيين ، ولا یحصل العتق إلا بأداء جمیع الكتابة ، كما لو كان المكاتب واحدًا . وقال أبو حنیفة : إن لم یقل لهم السید : إن أدیتم عتقتم :^(١٦) فأیهم أدی حصَّته^(١٧) ، عتق . وإن أدی جمیعها ، عتقوا كلُّهم ، ولم یرجع على صاحبیه بشيء . وإن قال لهم : إن أدیتم ، عتقتم^(١٨) . لم یعتق واحدٌ منهم حتى تؤدی الكتابة كلُّها ، ویكون بعضهم حمیلاً عن بعض ، ویأخذ أيُّهم شاء بالمال ، وأیُّهم أداها عتقوا كلُّهم ، ویرجع^(١٩) على صاحبیه بحصَّتهما . ولنا ، أنه عقد معاوضة مع ثلاثة ، فیرأ^(٢٠) كل واحدٍ منهم بأداء حصَّته ، كما لو اشتروا عبداً ، وكما لو لم یقل لهم : إن أدیتم عتقتم . على قول^(٢١) أبی حنیفة ، فإنَّ قوله ذلك لا یؤثر ؛ لأنَّ استحقاق العتق بأداء العوضي ، لا بهذا القول ، بدليل أنه یعتق^(٢٢) بالأداء بدون هذا القول ، ولم یثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ، ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ؛ فإنَّ العقد مع جماعة عقود ، بدليل البيع ، ولا یصح القیاس على كتابة الواحد ؛ لأنَّ ما قدره في مقابلة عتقه ، وههنا في مقابلة عتقه ما یخصه ، فافترقا . إذا ثبتَ هذا ، فإنه إن شرط عليهم في العقد ، أن كل واحدٍ منهم ضامنٌ عن الباقيين ، فالشرط فاسدٌ ، والعقد صحیح . وقال أبو الخطَّاب : في الشرط رواية أخرى ، أنه صحیح . وخرَّجه ابنُ حامدٍ وجهاً ، بناءً على الروایتین في ضمان الحر^(٢٣) لمال الكتابة . وقال الشافعی ، رضی الله عنه : العقد

(١٤) في ب : « المكسب » .

(١٥) في ا ، ب ، م : « أجبر » .

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) في ا : « بحصته » .

(١٨) في م : « ورجع » .

(١٩) في م : « فاعتبر » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢١) في ب : « عتق » .

(٢٢) سقط من : ب .

والشَّرْطُ فاسِدَان ؛ ^(٢٣) لَأَنَّ الشَّرْطَ فاسِدٌ ^(٢٣) ، ولا يُمكنُ تَصَحِيحُ الْعَقْدِ بِذَوْنِهِ ؛ لَأَنَّ السَّيِّدَ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ هَذَا الشَّرْطَ ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ ، لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِالْعَقْدِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ صَحِيحَان ؛ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا . وَلَنَا ، / أَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ ٢٦٧/١١ ظ
لَيْسَ بِإِلْزِمٍ ، وَلَا مَالُهُ إِلَى الْإِلْزُومِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ الْمَالُ صِفَةً مُجَرَّدَةً فِي الْعِتْقِ ، فَقَالَ : إِنْ أَدَّيْتُ إِلَى الْآفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَأَنَّ الضَّامِنَ لَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا يَلْزِمُ ^(٢٤) الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، وَمَالُ الْكِتَابَةِ لَا يَلْزِمُ الْمُكَاتَّبَ ، فَلَا يَلْزِمُ الضَّامِنَ ، وَلَأَنَّ الضَّامِنَ تَبَرُّعٌ ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَّبِ التَّبَرُّعُ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الضَّامِنَ عَنْ حُرٍّ ، وَلَا عَمَّنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ ، فَكَذَلِكَ مَنْ مَعَهُ . وَأَمَّا الْعَقْدُ فَصَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَفْسُدُ بِفَسَادِ الشَّرْطِ ؛ بِدَلِيلِ خَبَرِ بَرِيرَةَ ^(٢٥) ، ^(٢٦) وَسَنَدُ ذَلِكَ ^(٢٦) فِيمَا بَعْدُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا مَاتَ بَعْضُ الْمُكَاتَّبِينَ ، سَقَطَ قَدْرُ حِصَّتِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُمْ . وَعَنْ مَالِكٍ ، إِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ أَحَدَهُمْ وَكَانَ مُكْتَسِبًا ، لَمْ يَنْفَعْ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا ، نَفَذَ عِتْقُهُ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ . وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ وَاحِدًا ^(٢٧) مِنْهُمْ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ أَدَّى أَحَدُ الْمُكَاتَّبِينَ عَنْ صَاحِبِهِ ، أَوْ عَنْ مُكَاتَّبٍ آخَرَ ، قَبْلَ آدَائِهِ مَا عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ عِلْمِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ ، وَلَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، صُرِفَ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ . وَإِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِذَلِكَ ، وَرَضِيَ بِقَبْضِهِ عَنِ الْآخَرِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ لَهُ رَاضِيًا بِهِ مَعَ الْعِلْمِ ، دَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِيهِ صَرِيحًا ^(٢٨) . وَإِنْ كَانَ الْأَدَاءُ بَعْدَ أَنْ عَتَقَ ،

(٢٣-٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في ب ، م : « يلزمه » .

(٢٥) تقدم تحريجه ، في : ٣٢٩/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢٦-٢٦) في ب ، م : « وسنذكره » .

(٢٧) في النسخ : « واحدا » .

(٢٨) في م : « تصريحاً » .

صَحَّ ، سَوَاءَ عَلِمَ السَّيِّدُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . فَإِذَا أَرَادَ الرُّجُوعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ قَصَدَ التَّبَرُّعَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، وَإِنْ أَدَّاهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، وَكَانَ الْأَدَاءُ بِإِذْنِ الْمُؤَدِّي عَنْهُ ، فَهُوَ قَرْضٌ ، يَلْزُمُهُ ^(٢٩) أَدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَرَضَهُ ^(٣٠) مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ / عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ عَلَيْهِ بِأَدَائِهِ مَا لَا يَلْزُمُهُ ^(٣١) أَدَاؤُهُ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ^(٣٢) ، كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ عَنْهُ صَدَقَةٌ تَطَوُّعٌ ، وَهَذَا فَارَقَ سَائِرَ الدِّيُونِ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، وَطَلَبَ اسْتِيفَاءَهُ ، قُدِّمَ عَلَى أَدَائِهِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، كَسَائِرِ الدِّيُونِ . وَإِنْ ^(٣٣) عَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الدِّيُونِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ ^(٣٤) الْحُرِّ لِمَالِ الْكِتَابَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ فِي مُعَاوَضَةٍ ^(٣٥) ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ ^(٣٦) . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣٧) لَازِمٌ ، وَهَذَا غَيْرُ لَازِمٍ .

فصل : وَإِنْ ^(٣٨) أَدَّوْا مَا عَلَيْهِمْ ، أَوْ بَعْضَهُ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ : أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِمَّا ^(٣٩) بَقَدَّرَ مَا عَلَيْهِ ، فَلَا فَضْلَ لِأَحَدِنَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَقَالَ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ : أَدْبَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَلِيَ الْفَضْلُ عَلَيْكَ ، أَوْ يَكُونُ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ سَيِّدِنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يُؤَدِّي أَكْثَرَ مِنْهُ ، فَرَجَحَتْ دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ الْمُؤَدِّي أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِمْ ، وَاخْتَلَفُوا فِي الزِّيَادَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدْعِي التَّسَاوِيَّ ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي أَدَائِهِ ، فَكَانَتْ أَيْدِيهِمْ عَلَيْهِ ، فَاسْتَوَوْا فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ مَالٌ فَاخْتَلَفُوا فِيهِ .

(٢٩) فِي ب : « لَزِمَهُ » .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « اقْرَضَهُ » .

(٣١) - (٣٢) سَقَطَ مِنْ م .

(٣٣) فِي م : « وَإِذَا » .

(٣٤) فِي م : « ضَمَانُهُ » .

(٣٥) فِي الزِّيَادَةِ : « يَضْمَنُ » .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْعِ » .

(٣٧) فِي ب : « وَلَئِنَّهُ » .

(٣٨) فِي م : « وَإِذَا » .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ ب .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُهُمْ ، فَجِنَايَتُهُ عَلَيْهِ دُونَ صَاحِبِهِ . وبهذا قال الشافعي ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وقال مالكٌ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : يُؤْذُونَ كُلَّهُمْ أَرْضَهُ ، فَإِنْ عَجَزُوا رُقُوا . ولنا ، قَوْلُ اللهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(٣٩) . وقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِي جَانٌ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ » ^(٤٠) . ولأنَّهُ لو اشْتَرَكَ رَجُلَانِ ، وتَعَاقَدَا ، لم يَحْمِلْ أَحَدُهُمَا ^(٤١) عَنِ الْآخَرِ ^(٤٢) جِنَايَةَ صَاحِبِهِ ، فَكَذَا هُنَا ؛ لِأَنَّ ^(٤٣) مَا لَا يَصِحُّ ، لَا يَتَضَمَّنُهُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِفِعْلِ الْآخَرِ ، كَالْقَصَاصِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبٌ بِحَصَّتِهِ ، فَهُوَ كَالْمُنْفَرِدِ بِعَقْدِهِ .

٢٠١٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَطَ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ يُؤَالِيَ مَنْ شَاءَ ، فَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ)

أَمَّا الشَّرْطُ فَبَاطِلٌ . لَا نَعْلَمُ فِي بُطْلَانِهِ / خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ٢٦٨/١١ ظ
عنها ، قالت : كَانَتْ فِي بَرِيرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَّاتٍ ، أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبِيعُوهَا وَاشْتَرَطُوا الْوَلَاءَ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « اشْتَرِيهَا ، وَأَعْتِقِيهَا ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اشْتَرِيهَا ، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . فَقَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي النَّاسِ ، فَحَمَدَ اللهُ ، وَاتَّيَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : « أَمَّا بَعْدُ ، فَمَا بَالُ نَاسٍ ^(٢) يَشْتَرِطُونَ شَرْطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ ! مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللهِ ^(٣) أَوْثَقُ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَصِحُّ نَقْلُهُ ،

(٣٩) سورة الأنعام ١٦٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥١٥ .

(٤١-٤٢) سقط من : أ ، ب ، م .

(٤٣) في ، ب : « وَلَأنَّ » .

(١) حديث بريرة تقدم تخريجه ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) في ب : « أَناس » .

(٣) في أ ، ب : « وشروطه » .

بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته ، وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » . ولأنه
لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ ، فلم يصحَّ اشتراطه لغير صاحبه ، كالقرابة ، ولأنه حكم العتق ،
فلم يصحَّ اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصحَّ اشتراط حكم النكاح لغير النكاح ، ولا حكم
البيع لغير العاقد^(٤) . وسواء^(٥) شرط^(٦) أن يوالى من شاء ، أو شرطه لبائعه ، أو لرجل آخر
بعينه . ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط . نصَّ عليه أحمد ، رضى الله عنه . وقال الشافعي ،
رضي الله عنه : يفسد به ، كما لو شرط عوضاً مجهولاً . ويتخرج لنا مثل ذلك ؛ بناءً على
الشروط الفاسدة في البيع . ولنا ، حديث بريرة ؛ فإن أهلها شرطوا لهم الولاء ، فأمر النبي
ﷺ بشرائها مع هذا الشرط ، وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » . ويفارق جهالة
العوض ؛ فإنه ركن العقد ، لا يمكن تصحيح العقد بدونه ، وربما أفضت جهالته إلى
التنازع^(٧) والاختلاف ، وهذا شرط^(٨) زائد ، فإذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله .
فإن قيل : المراد بقول النبي ﷺ : « اشترطى لهم الولاء » . أى عليهم ؛ لأن النبي
ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد ، واللام تستعمل بمعنى « على » ، كقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ
أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾^(٩) . « أى فعليتها »^(١٠) . قلنا : هذا لا يصح ؛ لوجود ثلاثة ؛ / أحدها ، أنه
يُخَالَفُ وَضْعَ اللَّفْظِ وَالِاسْتِعْمَالَ . والثاني ، أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط ، فكيف
يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ! والثالث ، أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط ؛
لأنه مقتضى العتق وحكمه . والرابع ، أن في بعض الألفاظ : « لَا يَمْنَعُكَ »^(١١) هذا
الشرط منها ، ابتاعى ، وأعتقى . وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط ، تعريضاً لنا أن وجود
هذا الشرط كعدمه ، وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

٢٦٩/١١

(٤) في الأصل ، ب ، م : « العاقل » .

(٥) في الأصل زيادة : « إن » .

(٦) في أ ، ب : « اشترط » .

(٧) في الأصل : « النزاع » .

(٨) في م : « الشرط » .

(٩) سورة الإسراء ٧ .

(١٠-١١) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١١) في م : « يمنعك » .

فصل : وإن شَرَطَ ^(١٢) السَّيِّدُ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَنْ يَرِثَهُ دُونَ وَرَثَتِهِ ، أَوْ يُزَاحِمَهُمْ ^(١٣) فِي مَوَارِيثِهِمْ ، فَهُوَ شَرَطٌ فَاسِدٌ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ، مِنْهُمْ ؛ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَأَجَازُ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ أَنْ يَشْتَرِطَ شَيْئًا مِنْ مِيرَاثِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، وَكُلَّ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، حَدَّثَنَا مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ رَجُلًا كَاتَبَ مَمْلُوكَهُ ، وَاشْتَرَطَ مِيرَاثَهُ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمُكَاتَبُ ، خَاصَمَ ^(١٤) وَرَثَتَهُ إِلَى شُرَيْحٍ ، ^(١٥) فَقَضَى شُرَيْحٌ ^(١٥) بِمِيرَاثِ الْمُكَاتَبِ لَوَرَثَتِهِ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : مَا يُغْنِي عَنِّي ^(١٦) شَرَطِي مِنْذُ عِشْرِينَ سَنَةً ؟ فَقَالَ شُرَيْحٌ : كِتَابُ اللَّهِ أَنْزَلَهُ عَلَى نَبِيِّهِ قَبْلَ شَرَطِكَ بِخَمْسِينَ سَنَةً ^(١٧) . وَلَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ بِهَذَا الشَّرَطِ ، كَالَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وإن شَرَطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً مَعْلُومَةً بَعْدَ الْعِتْقِ ، جَازٌ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالزُّهْرِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ مِيرَاثَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ بُصِّلَ مِنْ سَبْيِ الْعَرَبِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ ، أَنْكُمْ تَخْدُمُونَ الْخَلِيفَةَ مِنْ بَعْدِي ثَلَاثَ سَنَوَاتٍ ^(١٨) . وَلَأَنَّهُ اشْتَرَطَ خِدْمَةً فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَلَأَنَّهُ شَرَطَ نَفْعًا مَعْلُومًا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ عَوَضًا مَعْلُومًا ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ ، وَهَذَا لَا يُنَافِيهِ .

فصل : وإذا كَاتَبَهُ عَلَى الْفَيْنِ ، فِي رَأْسِ كُلِّ شَهْرِ الْفِّ ، / وَشَرَطَ أَنْ يَعْتِقَ عِنْدَ أَدَاءِ ٢٦٩/١١ ظ
الْأَوَّلِ ، صَحَّ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَيَعْتَقُ عِنْدَ أَدَائِهِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَعْتَقَهُ بَغَيْرِ أَدَاءِ شَيْءٍ ،

(١٢) فِي م : « اشترط » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « مزاحمتهم » .

(١٤) فِي م : « تخاصم » .

(١٥) ١٥ - ١٥ : سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٦) سقط من : ١ ، ب .

(١٧) وأخرجه عبد الرزاق ، فِي : باب الشرط على المكاتب ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٨/٨ . وذكره وكيع ،

فِي : أخبار القضاة ٣٥٦/٢ .

(١٨) أخرجه عبد الرزاق ، فِي : باب الشرط على المكاتب ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٨٠/٨ ، ٣٨١ .

صَحَّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَهُ عِنْدَ أَدَاءِ الْبَعْضِ ، وَيَبْقَى الْآخَرُ دَيْنًا عَلَيْهِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ نَفْسَهُ بِهِ ^(١٩) .

٢٠١١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَسَرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتِبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَخْرَجَهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَأَحَبَّ أَخْذَهُ ، أَخَذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، فَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُحِبَّ أَخْذَهُ ، فَهُوَ عَلَى ^(١) مِلْكٍ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَلَا رُءُوسَ لِمَنْ يُؤَدِّي إِلَيْهِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْكُفَّارَ إِذَا أَسْرَوْا مُكَاتِبًا ، ثُمَّ اسْتَنْقَذَهُ الْمُسْلِمُونَ ، فَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا ؛ فَإِنْ أَخَذَ فِي الْغَنَائِمِ ، فَعُلِمَ بِحَالِهِ ، أَوْ أَدْرَكَهُ سَيِّدُهُ قَبْلَ قَسْمِهِ ، أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ ، كَمَنْ لَمْ يُؤَسَّرْ ، وَإِنْ لَمْ يَدْرِكْهُ حَتَّى قَسِمَ ، وَصَارَ فِي سَهْمِ بَعْضِ الْغَازِمِينَ ، أَوْ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ مِنَ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ قَسْمِهِ ، أَوْ مِنَ الْمَشْرُوكِينَ ، وَأَخْرَجَهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ أَحَقُّ بِهِ بِالْثَمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهُ بِهِ . وَفِيمَا إِذَا كَانَ غَنِيمَةً ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ إِذَا قُسِمَ ، فَلَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ بِحَالٍ . فَيُخَرَّجُ فِي الْمَشْتَرَى ^(٢) مِثْلُ ذَلِكَ . وَعَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ إِنْ أَخَذَهُ ، فَهُوَ مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِنْ تَرَكَهُ ، فَهُوَ فِي يَدِ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ ^(٣) بِالْأَدَاءِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَلَا رُءُوسَ لِمَنْ يُؤَدِّي إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، ^(٤) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : لَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ مِلْكُ الْكُفَّارِ ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ بِكُلِّ حَالٍ . وَوَافَقَ أَبُو حَنِيفَةَ الشَّافِعِيُّ ^(٥) ، فِي الْمُكَاتِبِ وَالْمُدَبَّرِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُمَا عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُمَا ، وَلَا نَقْلُ ^(٥) الْمِلْكِ فِيهِمَا ، فَأَشْبَهَا أُمُّ الْوَلَدِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى أَنَّ مَا أَدْرَكَهُ صَاحِبُهُ مَقْسُومًا ، لَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهُ أَخْذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَكَذَلِكَ مَا اشْتَرَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ

(١٩) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : « المستولى » .

(٣) في م : « فيعتق » .

(٤-٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥) في الأصل : « ينقل » .

دارِ الحَرْبِ ، وفي أَنَّ المُكَاتَبَ والمُدَبَّرَ يجوزُ بَيْعُهُما^(٦) ، بما يُعْنَى عن إِعادَتِهِ هُنا .

فصل : وهل يَحْتَسِبُ عليه بالمُدَّةِ التي كان فيها مع الكُفَّارِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهما ، لا يَحْتَسِبُ عليه بها ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ / اقْتَضَتْ تَمَكِّيْنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْكَسْبِ فِي هَذِهِ ٢٧٠/١١ وَالمُدَّةِ ، فَإِذا لم يَحْصُلْ لَهُ ذَلِكَ ، لم يَحْتَسِبْ عَلَيْهِ ، كَالوَ حَسَّه سَيِّدُهُ . فعلى هَذَا ، يَتَبَيَّنُ على ما^(٧) مَضَى مِنَ المُدَّةِ قَبْلَ الأَسْرِ ، وَيُلْغَى^(٨) مُدَّةُ الأَسْرِ ، كَأَنَّها لم تُوجَدْ . والثَّانِي ، يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بها ؛ لِأَنَّها مِنَ مُدَّةِ الكِتَابَةِ ، مَضَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَاحْتَسَبَ عَلَيْهِ بها ، كَالوَ مَرِيضٍ ، وَلَأنَّهُ مَدِينٌ مَضَتْ مُدَّةٌ مِنْ أَجْلِ دَيْنِهِ فِي حَبْسِهِ ، فَاحْتَسَبَ عَلَيْهِ بها ، كَسَائِرِ العُرَمَاءِ ، وَفَارَقَ ما إِذا حَبَسَهُ سَيِّدُهُ ، بما سَنَدَّ كُرهَ إِِنْ شاءَ اللهُ تَعَالَى . فعلى هَذَا ، إِذا حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ عِنْدَ اسْتِنْقَاذِهِ ، جازَتْ مُطالَبَتُهُ بِهِ^(٩) . وَإِنْ حَلَّ ما يَجوزُ تَعْجِيزُهُ بَتَرِكِ أَدايِهِ ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ ، وَرُدُّهُ إِلَى الرُّقِّ . وهل لَهُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ أَوْ حُكْمِ الحاكِمِ ؟ فِيهِ وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الوُصُولُ إِلَى المَالِ فِي وَقْتِهِ ، فَأُشْبِهَ ما لو كان حاضِرًا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لو كان حاضِرًا ، وَالمالُ غائِبًا ، يَتَعَذَّرُ إِحْضارُهُ وَأَداؤُهُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، لَكَانَ لِسَيِّدِهِ الفَسْخُ ، وَالمالُ هُنا إِما مَعْدُومٌ ، وَإِما غائِبٌ يَتَعَذَّرُ أَداؤُهُ ، وَفِي كِلْتَا الحالَتَيْنِ يَجوزُ الفَسْخُ . والثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الغِيْبَةِ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَنْحَثَ ، أَلَهُ مالٌ أَمْ لا ؟ وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذا كان حاضِرًا ؛ فَإِنَّهُ يُطالِبُهُ ، فَإِنْ أَذَى ، وَإِلَّا فَقَدْ عَجَزَ نَفْسَهُ . فَإِنْ فَسَخَ الكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِحُكْمِ الحاكِمِ ، ثُمَّ خَلَصَ المُكَاتَبُ ، فَادَّعى أَنَّ لَهُ مالًا فِي^(١٠) وَقْتِ الفَسْخِ ، يَفِي بِما عَلَيْهِ ، وَأَقامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، بَطَلَ الفَسْخُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَبْطُلَ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ كان يُمَكِّنُهُ أَداؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذا^(١١) كان مُتَعَذِّرَ الأَداءِ ، كان وُجودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَإِنْ حَبَسَهُ سَيِّدُهُ مُدَّةً ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلا يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِمُدَّتِهِ^(١٢) ، فِي أَحَدٍ

(٦) تقدم في ١١٧/١٣ .

(٧) سقط من : م .

(٨) في م : « وَبَقِيَ » .

(٩) سقط من : الأَصْل ، ب .

(١٠) في الأَصْل : « مَدَّتْ » .

الْوُجُوهَ . والثاني ، يَحْتَسِبُ عليه بِمُدَّتِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، فَيَحْتَسِبُ بِمُدَّةِ الْحَبْسِ مِنَ الْأَجَلِ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْمُوَجَّلَةِ . فعلى هذا الوجه ، يلزِمُهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي الْمُدَّةِ الَّتِي حَبَسَهُ فِيهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ عَلَى سَيِّدِهِ تَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ مُدَّةَ كِتَابَتِهِ ، فَإِذَا حَبَسَهُ مُدَّةً ، وَجَبَ / عَلَيْهِ تَأْخِيرُهُ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لَيْسَتْ وَفَى الْوَاجِبَ لَهُ ، وَلِأَنَّ حَبْسَهُ يُفْضِي إِلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ ، وَتَفْوِيتِ مَقْصُودِهَا ، وَرَدِّهِ إِلَى الرَّقِّ ، وَلِأَنَّ عَمْرَهُ عَنْ أَداءِ نُجُومِهِ فِي مَحَلِّهَا بِسَبَبِ مَنْ سَيِّدَهُ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ فَسْخَ الْعَقْدِ ، كَالْوَمْنَعِ الْبَائِعِ الْمُشْتَرَى مِنْ أَداءِ الثَّمَنِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فَسْخَ الْبَيْعِ ؛ لِذَلِكَ ^(١١) ، وَلَوْ مَنَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فَسْخَ الْعَقْدِ ؛ لِذَلِكَ ^(١٢) ، كَذَا هُنَا . الْوَجْهُ الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُ سَيِّدَهُ أَزْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ؛ مِنْ تَحْلِيلَتِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ^(١٣) وَجِدَ سَبَبُهُمَا ، فَكَانَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْفَعُهُمَا .

فصل : وَإِذَا وَصَّى ^(١٤) بَأَنَّ يُكَاتَبَ عَبْدُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقُّ الْآدَمِيِّ ^(١٥) ، فَإِذَا وَصَّى ^(١٦) بِهِ ، صَحَّ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مِنْ ثَلَاثِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مِنْ جِهَتِهِ ، فَإِنَّهُ يَبِيعُ ^(١٧) مَالَهُ بِمَالِهِ . فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لَزِمَتْهُمْ ^(١٨) كِتَابَتُهُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَالُ الْكِتَابَةِ مِنْ مَالِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ تَمَاءُ مَالِهِ وَفَائِدَتُهُ ، وَلِأَنَّ الْاِغْتِبَارَ بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ مَالَ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ عَيَّنَ مَالَ الْكِتَابَةِ ، كَاتِبُوهُ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ مِثْلَهَا أَوْ أَكْثَرَ . وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ ، كَاتِبُوهُ عَلَى مَا جَرَى الْعُرْفُ بِكِتَابَةِ مِثْلِهِ بِهِ . وَالْعُرْفُ أَنَّ يُكَاتَبَ الْعَبْدُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ ؛ ^(١٩) لَكُونَ دَيْنُهَا ^(٢٠) مُوَجَّلًا . وَيَجِبُ رَدُّ رَيْعِهِ إِلَيْهِ . وَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ رِضَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَلْزِمُهُ ، وَلَا يَجُوزُ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) سقط من : ا ، ب .

(١٣) في ا ، م : « أوصى » .

(١٤) في ب : « للآدمي » .

(١٥) في م : « أوصى » .

(١٦) في الأصل : « يبيع » .

(١٧) في الأصل : « لزمته » . وفي م : « لزمهم » .

(١٨-١٩) في الأصل : « لكونها » .

بِخِلَافِ مَا لَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ^(١٩) ، وَلَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ وَلَا رِضَاهُ . فَإِنْ رَدَّ
الْوَصِيَّةَ ، بَطَلَتْ . فَإِنْ عَادَ فَطَلَبَهَا ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ بَطَلَتْ بِالرَّدِّ ،
فَأَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ بِالْمَالِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَدُّهَا ، وَجَبَتْ إِجَابَتُهُ إِلَيْهَا . وَإِنْ^(٢٠) أَذَى^(٢١) وَعَتَقَ ،
كَانَ^(٢٢) وَلَاؤُهُ لِلْمُوصِي بِكِتَابَتِهِ ، كَالْوَصَى بِعَتَقِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَلِلْوَارِثِ رَدُّهُ فِي الرَّقِّ ،
وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنَّهُ يُكَاتِبُ مِنْهُ مَا يَخْرُجُ^(٢٣) مِنَ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ وَصَّى
بَوْصَايَا غَيْرِ الْكِتَابَةِ ، لَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، تَحَاصُّوْا فِي الثَّلَاثِ / ، وَأَدْخِلِ النِّقْصَ عَلَى كُلِّ^{٢٧١/١١ و}
وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ مَا لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ تُقَدَّمَ الْكِتَابَةُ ؛ بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تُقَدَّمُ
الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَقْصُودُهَا الْعِتْقُ ، وَتُفْضَى إِلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُقَدَّمَ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ
تَغْلِيْبٌ وَسِرَايَةٌ ، لَيْسَ هُوَ الْكِتَابَةُ^(٢٤) ، وَإِفْضَاؤُهَا إِلَى الْعِتْقِ لَا يُوجِبُ تَقْدِيمَهَا ، كَمَا لَوْ
وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَنَّهُ ، فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّمُ ، مَعَ أَنَّ الْقَصْدَ بِوَصِيَّتِهِ الْعِتْقُ ، وَيُفْضَى إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : كَاتِبُوا أَحَدَ رَقِيقِي . فَلِلْوَرَّةِ مُكَاتَبَةٌ مِنْ شَاءُوا^(٢٥) مِنْهُمْ . فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يُكَاتِبُونَ وَاحِدًا مِنْهُمْ بِالْفُرْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَحَدَ عِبِيدِي .
فكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ مُكَاتَبَةٌ أَمَّةٌ ، وَلَا خُنْثَى مُشْكِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَوْنُ الْخُنْثَى
عَبْدًا^(٢٥) . وَإِنْ قَالَ : أَحَدَ إِمَائِي . فَلَيْسَ لَهُمْ مُكَاتَبَةٌ عَبْدٌ ، وَلَا خُنْثَى مُشْكِلٌ ، كَذَلِكَ .
وَإِنْ كَانَ الْخُنْثَى غَيْرَ مُشْكِلٍ ، وَكَانَ رَجُلًا ، فَلَهُمْ مُكَاتَبَتُهُ إِذَا قَالَ : كَاتِبُوا أَحَدَ عِبِيدِي .
وَإِنْ كَانَ أَثْنَى ، فَلَهُمْ مُكَاتَبَتُهُ إِذَا قَالَ : كَاتِبُوا الْإِحْدَى^(٢٦) إِمَائِي . لِأَنَّ هَذَا عَيْبٌ فِيهِ ،
وَالْعَيْبُ لَا يَمْنَعُ الْكِتَابَةَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى عَوْضٍ مَجْهُولٍ ، أَوْ عَوْضٍ حَالٍّ ، أَوْ

(١٩) فِي أ ، ب : « يَعْتَقُهُ » .

(٢٠) فِي م : « وَإِذَا » .

(٢١-٢١) فِي أ ، م : « عَتَقَ وَكَانَ » .

(٢٢) فِي م : « خَرَجَ » .

(٢٣) فِي أ ، ب ، م : « لِلْكِتَابَةِ » .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « شَاءَ » .

(٢٥) فِي م زِيَادَةٌ : « أَوْ أَمَّةٌ » .

(٢٦) فِي النِّسْخِ : « أَحَدٌ » .

مُحَرَّم ، كالحَمَرِ والخَزِيرِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ شَرْطًا فَاسِدًا ، فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُهَا ، لَكِنْ يَلْعُو^(٢٧) الشَّرْطُ ، وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ صَحِيحَةً . وَتَخْرُجُ أَنْ يُفْسِدَهَا ؛ بِنَاءً^(٢٨) عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَوَضِ الْمُحَرَّمِ بَاطِلَةٌ ، لَا يَغْتَنِقُ بِالْأَدَاءِ فِيهَا . وَهُوَ^(٢٩) اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ فَإِنَّهُ^(٣٠) رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ، مَا لَمْ تُكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . فَحَكَمَ بِالْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ إِلَّا فِي الْمُحَرَّمَةِ . وَاخْتَارَ^(٣١) الْقَاضِي أَنَّهُ يَغْتَنِقُ بِالْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْكِتَابَاتِ الْفَاسِدَةِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْقَاضِي عَلَى مَا إِذَا جَعَلَ السَّيِّدُ الْأَدَاءَ شَرْطًا لِلْعِتْقِ ، فَقَالَ : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَدَّى / إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَغْتَنِقُ بِالصِّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَبُيِّنَتْ فِي هَذِهِ الْكِتَابَةِ حُكْمُ الصِّفَةِ فِي الْعِتْقِ^(٣٢) بِوُجُودِهَا ، لَا بِحُكْمِ الْكِتَابَةِ^(٣٣) . وَأَمَّا غَيْرُهَا مِنَ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ ، فَإِنَّهَا تُسَاوِي الصَّحِيحَةَ فِي أَرْبَعَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَغْتَنِقُ بِأَدَاءِ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، سَوَاءً صَرَّحَ بِالصِّفَةِ ، فَقَالَ : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ لَمْ^(٣٤) يَقُلْ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكِتَابَةِ يَقْتَضِي هَذَا ، فَيَصِيرُ كَالْمُصَرَّحِ بِهِ ، فَيَغْتَنِقُ بِوُجُودِهِ ، كَالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ قِيمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَرْجَعْ عَلَى سَيِّدِهِ بِمَا أَعْطَاهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَتَرَجَّعَانِ ، فَيَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ قِيَمَتُهُ ، وَعَلَى السَّيِّدِ مَا أَخَذَهُ ، فَيَتَقَاصَّانِ بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، إِنْ كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَيَأْخُذُ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَاسِدَةٌ ، فَوَجَبَ التَّرَاجُعُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ كِتَابِيٌّ لِمُعَاوَضَةٍ حَصَلَ

(٢٧) فِي م : « يَلْعَى » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٩) فِي ١ . ب : « وَهَذَا » .

(٣٠) فِي م زِيَادَةٌ : « قَدْ » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « وَاخْتِيَارٌ » .

(٣٢-٣٣) فِي ب : « لَوْجُودِهَا لَا حُكْمَ لِلْكِتَابَةِ » . وَفِي ١ : « حُكْمٌ » مَكَانَ : « بِحُكْمٍ » .

(٣٣) فِي م : « إِنْ » .

(٣٤) فِي ب : « وَلَمْ » .

العتق فيها بالأداء ، فلم يجب^(٣٥) التراجع فيها ، كما لو كان العقد صحيحاً ، ولأن ما يأخذه^(٣٦) السيد فهو من كسب عبده ، الذي لم يملك كسبه ، فلم يجب^(٣٥) عليه رده ، والعبد عتق بالصفة ، فلم تجب عليه قيمته ، كما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر . وأما البيع الفاسد ، فإنه إن كان بين هذا وبين سيده ، فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وإن كان بينه وبين غيره ، فإنه أخذ ما لا يستحقه ، ودفع إلى الآخر ما لا يستحقه ، بعقد المقصود منه المعاوضة ، وفي مسألتنا بخلافه . الثالث ، أن المكاتب يملك التصرف في كسبه ؛ لأن عقد الكتابة تضمن الإذن^(٣٧) في ذلك ، وله أخذ الصدقات والزكوات ؛ ولأنه^(٣٨) مكاتب يعتق بالأداء ، فملك ذلك ، كما في الكتابة الصحيحة . الرابع ، أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة ، فأدى أحدهم حصته ، عتق . على قول من قال : إنه يعتق في الكتابة الصحيحة بأداء حصته . لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب / بقدر حصته ، متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته ، فهو حر . ومن قال : لا يعتق في الصحيحة إلا أن يؤدي الجميع . فهنا أولى . وتنفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام ؛ أحدها ، أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخا ورفعها ، سواء كان ثم صفة أو لم تكن . وهذا قول أصحاب الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأن الفاسد لا يلزم حكمه ، والصفة ههنا مبنية على المعاوضة ، وتابعة لها ؛ لأن المعاوضة هي المقصود^(٣٩) ، فلما أبطل المعاوضة التي هي الأصل ، بطلت الصفة المبنية عليها ، بخلاف الصفة المجردة ، ولأن^(٤٠) السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى ، فإذا لم يسلم ، كان له إبطالها ، بخلاف الكتابة الصحيحة ؛ فإن العوض سلم له ، فكان العقد لازماً له . الثاني ، أن السيد إذا أبراه من المال ، لم تصح البراءة ، ولا يعتق بذلك ؛ لأن المال

(٣٥-٣٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٦) في م : « أخذه » .

(٣٧) في ب : « بالإذن » .

(٣٨) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٣٩) في م : « المقصودة » .

(٤٠) سقطت الواو من : الأصل .

غير ثابت في العقد ، بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة ، في قوله : إذا أدت إلى ألفا ، فأنت حر . الثالث ، أنه لا يلزم السيد^(٤١) أن يؤدي إليه شيئا من الكتابة ؛ لأن العتق ههنا بالصفة المجردة ، فأشبه ما لو قال : إذا أدت إلى ألفا ، فأنت حر . واختلف في أحكام أربعة ؛ أحدها ، في بطلان الكتابة بموت السيد . فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها . وهو قول الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين ، لا يؤول إلى لزوم ، فيبطل بالموت ، كالوكالة ، ولأن المقلب فيها حكم الصفة المجردة ، والصفة تبطل بالموت ، فكذلك هذه الكتابة . وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ، ويعتق بالأداء إلى الوارث .^(٤٢) وهو قول أبي حنيفة ، رضي الله عنه ؛ لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد ، فيعتق بالأداء إلى الوارث^(٤٣) ، كما في الكتابة الصحيحة^(٤٤) ، ولأن الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالأداء ، وفي أن الولد يتبعه ، فكذلك في هذا . والثاني ، في بطلانها بجنون السيد ، والحجر عليه لسفه ، والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته . والأولى أنها لا تبطل ههنا ؛ لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك ، والمقلب في هذه الكتابة ، حكم الصفة المجردة ، فلا تبطل به . / فعلى هذا ، لو أدى إلى سيده بعد ذلك ، عتق . وعلى قول من أبطلها ، لا يعتق . الثالث ، أن ما في يد المكاتب وما يكسبه ، وما يفضل في يده بعد الأداء ، له دون سيده . في قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، رضي الله عنه ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فكان هذا الحكم ثابتا فيها ، كالصحيحة . وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده في الموضعين ؛ لأن كسب العبد لسيده ، بحكم الأصل ، والعقد ههنا فاسد ، لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته ، فلم ينقل الملك في المعوض ، كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المقلب فيها حكم الصفة المجردة ، وهي لا تثبت الملك له في كسبه ، فكذا ههنا ، وفارق^(٤٥) الكتابة

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢-٤٣) سقط من : أ ، ب . نقل نظر .

(٤٣) في م : « وفارقت » .

الصَّحِيحَةَ ، فَإِنَّهَا أُثْبِتَتْ^(٤٤) الْمِلْكُ فِي الْعَوْضِ ، فَاثْبَتَتْهُ فِي الْمُعَوَّضِ . الرَّابِعُ ، هَلْ يَتَّبِعُ
الْمُكَاتِبَةُ وَلَدَهَا ؟ قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَّبِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا كِتَابَةٌ نَعْتَقُ
فِيهَا بِالْأَدَاءِ ، فَيَعْتَقُ وَلَدَهَا بِهِ ، كَالكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَتَّبِعُهَا . وَهُوَ أَقْبَسُ ،
وَأَصَحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّذِي قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرَّقِّ فِيهِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِنَصٍّ ، أَوْ مَعْنَى
نَصٍّ ، وَمَا وَجَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ
الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ ، فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤٤) فِي م : « ثَبِتَتْ » .

كتاب عتق أمهات الأولاد

أُمُّ الْوَلَدِ : هى التى وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ . وَلَا خِلَافَ فِي إِبَاحَةِ التَّسْرِى وَوُطْءِ
الْإِمَاءِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْروْجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا
مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿ (١) . وقد كانت مارية الْقَبْطِيَّةُ أُمُّ وَلَدٍ لِلنَّبِيِّ (٢)
ﷺ ، وهى أُمُّ إِبْرَاهِيمَ بْنِ النَّبِيِّ ﷺ ، التى قال (٣) : « أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا » (٤) . وكانت
هاجِرُ أُمُّ إِسْمَاعِيلَ عَلَيْهِ السَّلَام ، سُرِّيَّةً لِإِبْرَاهِيمَ (٥) خَلِيلِ الرَّحْمَنِ عَلَيْهِ السَّلَام . وكان لعمر
ابنِ الْخَطَّابِ ، / رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أُمّهَاتُ أَوْلَادٍ وَصَّى (٦) لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِمَائَةٍ
أَرْبَعِمَائَةٍ (٧) . وكان لِعَلِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أُمّهَاتُ أَوْلَادٍ (٨) . ولكثيرٍ من الصَّحَابَةِ . وكان عَلَى
ابنِ الْحُسَيْنِ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، مِنْ أُمّهَاتِ أَوْلَادٍ . وَيُرْوَى (٩) أَنَّ النَّاسَ لَمْ
يَكُونُوا يَرِغُبُونَ فِي أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، حَتَّى وَلِدَ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةُ مِنْ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَغِبَ
النَّاسُ فِيهِنَّ . وَرَوَى عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : كَانَ لِابْنِ رَوَاحَةَ جَارِيَّةٌ ، وَكَانَ يُرِيدُ
الْحَلْوَةَ بِهَا ، وَكَانَتْ أُمُّرَأَتُهُ تَرْصُدُهُ ، فَخَلَا الْبَيْتَ ، فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، فَتَذَرَتْ بِهِ (١٠) أُمُّرَأَتَهُ ،

(١) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ .

(٢) فى الأصل ، م : « النبى » .

(٣) فى م زيادة : « فيها » .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ . والبيهقى ، فى : باب
الرجل يطأ أُمته بالملك فتلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وعبد الرزاق ، فى : بيع
أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٩٤/٧ .

(٥) فى م : « لإبراهيم » .

(٦) فى ١ ، م : « أوصى » .

(٧) سقط من : م . وتقدم تخريج أثر عمر ، فى : ٥٢٠/٨ .

(٨) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٨٨/٧ .

(٩) فى ب ، م : « وروى » .

(١٠) نذرت به : علمت به .

وَقَالَتْ : أَفَعَلْتَهَا ^(١١) ؟ قَالَ : مَا فَعَلْتُ . قَالَتْ : فَاقْرَأْ إِذَا ^(١٢) . فَقَالَ :

شَهِدْتُ بِأَنْ وَعَدَ اللَّهُ حَقًّا وَأَنَّ النَّارَ مَثْوَى الْكَافِرِينَ
وَأَنَّ الْعَرْشَ فَوْقَ الْمَاءِ طَافٍ وَفَوْقَ الْعَرْشِ رَبُّ الْعَالَمِينَ
وَتَحْمِلُهُ مَلَائِكَةٌ شِدَادٌ مَلَائِكَةُ الْإِلَهِ مُسَوِّمِينَ

فَقَالَتْ : أَمَا إِذَا قُرَأَتْ فَادْهَبْ إِذَا ^(١٣) . فَأَتَى النَّبِيُّ ﷺ ، فَأُخْبِرَهُ ، قَالَ ^(١٤) : فَلَقَدْ رَأَيْتُهُ يَضْحَكُ حَتَّى تَبْدُو نَوَاجِذَهُ ، وَيَقُولُ : « هِيَ ، كَيْفَ قُلْتَ ؟ » . فَأَكْرَرَهُ عَلَيْهِ ، فَيَضْحَكُ ^(١٥) .

فصل : فإذا وُطِئَ الرجلُ أُمَّتَهُ ، فَأُتَتْ ^(١٦) بَوْلِدٍ بَعْدَ وَطْئِهِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ، لِحَقِّهِ نَسْبُهُ ، وَصَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلِيدٍ . وَإِنْ أَتَتْ بَوْلِدًا تَامًّا لَأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسْبُهُ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ مُدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ امْرَأَةً وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَأُتِيَ بِهَا ^(١٧) عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَهَمَّ بِرَجْمِهَا ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَيْسَ لَكَ ذَلِكَ ، إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ^(١٨) . فَقَدْ يَكُونُ فِي الْبَطْنِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ، وَالرِّضَاعُ أَرْبَعَةً وَعِشْرُونَ شَهْرًا ، فَذَلِكَ تَمَامُ مَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ . فَخَلَّى عَنْهَا عُمَرُ ^(١٩) . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ لِعُثْمَانَ ^(٢٠) . وَمَنْ اعْتَرَفَ بِوَطْئِ أُمَّتِهِ ، فَأُتَتْ بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، لِحَقِّهِ نَسْبُهُ ، وَلَمْ

(١١) في ب ، م : « أفعَلها » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) انظر ما تقدم في : ٢٩٨/١٣ .

(١٦) في ب زيادة : « له » .

(١٧) في م زيادة : « إلى » .

(١٨) سورة الأحقاف ١٨ .

(١٩) تقدم تحريجه ، في : ٢٣٢/١١ .

(٢٠) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب التي تضع لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٥١/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٦/٢ .

٢٧٣/١١ ظ يَكُنْ لَهُ نَفِيهٌ ؛ لما رَوَى / عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : حَصَّنُوا هَذِهِ الْوَلَائِدَ ، فَلَا يَطُأُ رَجُلٌ وَلِيدَتَهُ ، ثُمَّ يُنْكَرُ وَلَدُهَا ، إِلَّا الزَّمْتُهُ إِيَّاهُ^(٢١) . رواه سَعِيدٌ^(٢٢) . وعن ابنِ عمرَ ، قال : قال عمرُ : أَيُّمَا رَجُلٍ غَشِيَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ ضَيَّعَهَا ، فَالضَّيْعَةُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ . رواه سَعِيدٌ أَيْضًا^(٢٣) . وَلَأنَّ أُمَّتَهُ صَارَتْ فِرَاشًا بِالْوُطْءِ ، فَلَحِقَهُ وَلَدُهَا ، كَالْمَرْأَةِ ، وَلَقَوْلِهِ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »^(٢٤) . فَإِنْ نَفَاهُ سَيِّدُهَا ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعَى أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا ، وَأَتَتْ بِالْوَلَدِ بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَيَنْتَفِي عَنْهُ بِذَلِكَ . وَهَلْ يَخْلِفُ عَلَى ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، قَالَ : إِذَا أَنْكَرَ الرَّجُلُ وَلَدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَعَنْ الشَّعْبِيِّ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : يَنْتَفِي مِنَ وَلَدِهِ ، إِذَا كَانَ مِنْ أُمَّتِهِ ، مَتَى شَاءَ . وَلَنَا ، قَوْلُ عُمَرَ ، وَأَنَّهُ وَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفِيهٌ ، كَوَلَدِهِ مِنْ زَوْجَتِهِ . فَإِنْ أَقْرَبَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفِيهٌ بَعْدَ ذَلِكَ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : إِذَا أَقْرَبَ بَوْلَدِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِيَ مِنْهُ ، فَإِنْ انْتَفَى مِنْهُ ، ضَرَبَ الْحَدَّ ، وَالْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ . وَقَالَ شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ^(٢٥) أَقْرَبَ بَوْلَدَهُ : لَا سَبِيلَ لَكَ أَنْ تَنْتَفِيَ مِنْهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ هُنِيَ بِهِ ، فَسَكَتَ ، أَوْ أَمِنَ عَلَى الدُّعَاءِ ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى الرِّضَى بِهِ ، فَقَامَ مَقَامَ الْإِقْرَارِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ يَطُأُ جَارِيَتَهُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ يَعْزُلُ عَنْهَا ، لَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ بِذَلِكَ ؛ لَمَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ النِّسَاءَ ، وَنُحِبُّ الْأَثْمَانَ ، أَفَنَعْزِلُ عَنْهُنَّ ؟ قَالَ : « إِنْ اللَّهُ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ ، خَلَقَهَا »^(٢٦) . وَعَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي جَارِيَةً ، وَأَنَا أَطُوفُ عَلَيْهَا ، وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ تَحْمَلَ . فَقَالَ : « اغْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . قَالَ : فَلَبِثَ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَتَاهُ ، فَقَالَ : إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ حَمَلَتْ . قَالَ : « قَدْ

(٢١) في ب : « إِيَّاهَا » .

(٢٢) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/٦٣ ، ٦٤ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ سريته وينتفي من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/١٣٢ .

(٢٣) في الباب السابق . السنن ٢/٦٣ .

(٢٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٦/٧ .

(٢٥) في م : « الرجل » .

(٢٦) تقدم تخريجه ، في : ٢٢٩/١٠ .

أَخْبَرْتُكَ ، أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢٧) . وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : كُنْتُ
 أَعْزِلُ / عَنْ جَارِيَّتِي ، فَوَلَدْتُ أَحَبَّ الْخَلْقِ إِلَيَّ . يَعْنِي ابْنَهُ ^(٢٧) . وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ عُمَرَ
 قَالَ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَطْأُونَ وَلَا يَدْهَمُ ، ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ ، لَا تَأْتِيَنِي وَلَيْدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّهُ
 أَتَاهَا ، إِلَّا الْحَقُّ بِهِ وَلَدَهَا ، فَأَعْزَلُوا بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ اثْرُكُوا ^(٢٨) . وَلَا تُهَى بِالْوَطْءِ صَارَتْ
 فِرَاشًا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » . وَلَمَّا تَنَارَعَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ وَسَعْدٌ ، فِي ابْنِ
 وَلَيْدَةٍ زَمْعَةَ ، فَقَالَ عَبْدٌ : هُوَ أَخِي ، وَابْنُ وَلَيْدَةٍ أَبِي ، وَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ :
 « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَلَا تَهَى قَدْ
 يَسْبِقُ مِنَ الْمَاءِ مَا لَا يُحْسُبُ بِهِ ، فَيُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ،
 مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ لَا يُلْحَقُ بِهِ مَعَ الْعَزْلِ ، فَرَوَى سَعِيدٌ ^(٢٩) ، حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ^(٣٠) ، عَنْ ابْنِ
 أَبِي نَجِيحٍ ، عَنْ فُقَيٍّْ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَانَ يَعْزِلُ
 عَنْ جَارِيَةٍ لَهُ ، فَجَاءَتْ بِحَمْلٍ ، فَشَقَّ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : اللَّهُمَّ لَا تُلْحِقْ بِآلِ عُمَرَ مَنْ لَيْسَ
 مِنْهُمْ ، فَإِنَّ آلَ عُمَرَ لَيْسَ بِهِمْ خَفَاءٌ . فَوَلَدَتْ وَلَدًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : مِمَّنْ هُوَ ؟ فَقَالَتْ : مِنْ
 رَاعِي الْإِبِلِ . فَحَمِدَ اللَّهُ ، وَاثْنَى عَلَيْهِ . وَقَالَ ^(٣١) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ^(٣٢) ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ ،
 عَنْ حَارِجَةَ ^(٣٣) بِنِ زَيْدٍ ^(٣٣) أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ، كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ فَارِسِيَّةٌ ، وَكَانَ يَعْزِلُ عَنْهَا ،
 فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ، فَأَعْتَقَ الْوَلَدَ ، وَجَلَدَهَا الْحَدَّ ، وَقَالَ : إِنَّمَا كُنْتُ أَسْتَطِيبُ ^(٣٤) نَفْسِكَ ،
 وَلَا أُرِيدُكَ . وَفِي رِوَايَةٍ ، قَالَ : مِمَّنْ حَمَلَتْ ؟ قَالَتْ : مِنْكَ . فَقَالَ : كَذَبْتَ ، وَمَا وَصَلَ
 إِلَيْكَ مَنِّي مَا يَكُونُ مِنْهُ الْحَمْلُ ، وَمَا أَطَأْتُكَ ، إِلَّا أَنِّي ^(٣٥) أَسْتَطِيبُ ^(٣٤) نَفْسِكَ . وَقَالَ

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٠/١٠ .

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ١٣٠/١١ .

(٢٩) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٥/٢ ، ٦٦ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ سريره ويتنقى من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٣٦/٧ .

(٣٠) في الأصل : « عن » .

(٣١) في الباب السابق . السنن ٦٥/٢ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في الباب السابق . المصنف ١٣٥/٧ .

(٣٢) في م زيادة : « عن حماد » . وليس في السنن .

(٣٣-٣٣) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣٤) في ١ ، ب ، م : « استطبت » .

(٣٥) في الأصل : « أن » .

التَّوَرِي ، وأبو حنيفة : لا تصيرُ فراشًا ، ولا يلحقه ولدها ، إلا أن يُقرَّ بولدها ، فيلحقه أولادها بعد ذلك . ولنا ، ما ذكرناه ، وقول عمرَ الموافق للسنةِ أولى من قوله فيما خالفها .

فصل : وإن اعترفَ بوطءِ أمته في الدُّبرِ ، أو دونَ الفرج ، فقد روى عن أحمد ، رضى الله عنه ، ٢٧٤/١١ أنه يلحقه ولدها ، وتصيرُ فراشًا بهذا . وهو / أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعي ، رضى الله عنه . ولأنه قد يُجامع ، فيسبقُ الماءُ إلى الفرج . والصحيحُ في هذا ، إن شاء الله تعالى ، أنها لا تصيرُ به ^(٣٦) فراشًا ، لأنه ليس بمنصوصٍ عليه ، ولا ^(٣٧) هو في ^(٣٨) معنى المنصوص ، ولا يثبتُ الحكمُ إلا بدليل ، ولا يتقبلُ عن الأصلِ إلا بناقلُ عنه . إذا ثبتَ هذا ، فكلُّ موضعٍ لحقه الولدُ من أمته ، إذا حملتْ به ^(٣٨) في ملكه ، فالولدُ حرُّ الأصلِ ، لا ولاءٌ عليه ، وتصيرُ به الأمةُ أمٌ وليد .

٢٠١٢ - مسألة ؛ قال : (وأحكامُ أمهاتِ الأولادِ ، أحكامُ الإماءِ ، في جميعِ أمورهنَّ ، إلا ألتهنَّ لا يُعَن)

وجملةُ ذلك أن الأمةَ إذا حملتْ من سيدها ، ولدتْ منه ، ثبتَ لها حكمُ الاستيلادِ ، وحكمُها حكمُ الإماءِ ؛ في حِلِّ وطئِها لسيدها ، واستخدامِها ، ومِلْكِ كسبِها ، وتزويجِها ، وإجارتِها ، وعتقِها ، وتكليفِها ، وحَدِّها ، وعَوَرَتِها . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلم . وحكى عن مالكٍ ، أنه لا يملكُ إجارتُها وتزويجُها ؛ لأنه لا يملكُ بيعَها ، فلا يملكُ تزويجَها وإجارتَها ، كالحرَّة . ولنا ، أنها مملوكةٌ يَتَفَعُّ بها ، فيملكُ سيدها تزويجَها ، وإجارتَها ، كالمُدَبَّرَةِ ، ولأنها مملوكةٌ تَعْتِقُ بِمَوْتِ سيدها ، فأشبهتْ المُدَبَّرَةَ ، وإنما منعَ بيعُها ؛ لأنها استَحَقَّتْ أن تَعْتِقَ بِمَوْتِها ، وبيعُها يَمْنَعُ ذلك ، بخلافِ التزويجِ والإجارة . ويُنْطَلُ دليلُهم بالموقوفةِ والمُدَبَّرَةِ عند مَنْ مَنَعَ بيعَها . إذا ثبتَ هذا ، فإنها تخالفُ الأمةَ القنَّ ، في أنها تَعْتِقُ بِمَوْتِ سيدها من رأسِ المالِ ، ولا يجوزُ بيعُها ، ولا

(٣٦) في ب ، م : « بهذا » .

(٣٧-٣٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣٨) سقط من : ب .

التَّصَرُّفُ فِيهَا بِمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ ، مِنْ الْهَبَةِ وَالْوَقْفِ ، وَلَا مَا يُرَادُّ لِلْبَيْعِ ، وَهُوَ الرَّهْنُ ، وَلَا ثَوْرَتُ ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ^(١) ، وَيَزُولُ الْمَلِكُ عَنْهَا . رُوِيَ هَذَا عَنْ عُمَرَ^(٢) ، وَعُثْمَانَ^(٣) ، وَعَائِشَةَ^(٤) ، وَعَامَّةِ الْفُقَهَاءِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، إِبَاحَةَ بَيْعِهِمْ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ دَاوُدُ . قَالَ سَعِيدٌ^(٥) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ، عَنْ عَمْرِو ، عَنْ عَطَاءٍ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، قَالَ : بَعْثَا ، كَاتِبُيْ شَاتِكَ ، أَوْ بَعِيرِكَ . قَالَ^(٦) : وَحَدَّثَنَا أَبُو عَوَانَةَ ، / عَنْ مُغِيرَةَ ، عَنْ الشَّعْبِيِّ ، عَنْ عُبَيْدَةَ ، قَالَ : خَطَبَ عَلِيُّ النَّاسَ ، وَفَقَضَى بِهِ عُمَرَ^(٧) فَقَالَ : شَاوَرَنِي عُمَرُ فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَأَيْتُ أَنَا وَعُمَرُ أَنْ أُعْتِقَهُنَّ ، فَقَضَى بِهِ عُمَرُ^(٨) حَيَاتِهِ ، وَعُثْمَانُ^(٩) حَيَاتِهِ ، فَلَمَّا وَلِيتُ ، رَأَيْتُ أَنَّ أَرْقَهُنَّ . قَالَ عُبَيْدَةُ : فَرَأَى عُمَرُ وَعَلِيٌّ فِي الْجَمَاعَةِ ، أَحَبُّ الْبَنَانِ رَأْيَ عَلِيٍّ وَحْدَهُ . وَقَدَرَوِي صَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَبِي : إِلَى أَى شَيْءٍ تَذْهَبُ فِي بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ؟ قَالَ : أَكْرَهُهُ ، وَقَدْ بَاعَ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ ، فِي رَوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ : لَا يُعْجِبُنِي بَيْعُهُنَّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُنَّ مَعَ الْكَرَاهَةِ . فَجَعَلَ هَذَا رَوَايَةً ثَانِيَةً عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرَوَايَةٍ^(١٠) مُخَالَفَةٍ لِقَوْلِهِ : إِنَّهُنَّ لَا يُبْعَنَ . لِأَنَّ السَّلَفَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، كَانُوا يُطْلِقُونَ الْكَرَاهَةَ عَلَى التَّحْرِيمِ كَثِيرًا ، وَمَتَى كَانَ التَّحْرِيمُ وَالْمَنْعُ مُصَرَّحًا بِهِ فِي سَائِرِ الرُّوَايَاتِ عَنْهُ ، وَجَبَ حَمْلُ هَذَا اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ ، عَلَى

(١) فِي أ ، ب : « سِيدَهَا » .

(٢) انْظُرْ مَا يَأْتِي فِي خَبَرِ عَلِيٍّ الَّذِي رَوَاهُ عُبَيْدَةُ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَطْأُ أُمَّتَهُ بِالْمَلِكِ فَتُلْدَلُهُ ، مِنْ كِتَابِ عَتَقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤٥/١٠ .

(٤) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٦٣/٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفِ ٢٩٠/٧ .

(٥) فِي الْبَابِ السَّابِقِ . السَّنَنِ ٦٠/٢ ، ٦١ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَطْأُ أُمَّتَهُ بِالْمَلِكِ فَتُلْدَلُهُ ، مِنْ كِتَابِ عَتَقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦٠/٢ ، ٦١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُصَنَّفِ ٤٣٦/٦ ، ٤٣٧ .

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : « فِي » .

(٧) فِي م : « رَوَايَةٌ » .

المُصْرَح به ، ولا يُجْعَل ذلك اختِلافًا . ولمن أجازَ يَبْعُهُنَّ أَنْ يَحْتَجَّ بِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قال :
بَعْنَا أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، وأبى بَكْرٌ ، ^(٨) فَلَمَّا كَانَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ
عنه ، نَهَانَا ، فَانْتَهَيْنَا . رواه أبو داود ^(٩) . وما كان جائزًا في عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ وأبى
بَكْرٍ ^(٨) ، لم يَجُزْ ^(١٠) نَسْخُهُ بقولِ عَمْرٍ ولا غيره ، ولأنَّ نَسْخَ الْأَحْكَامِ إِنَّمَا يَجُوزُ فِي عَصْرِ
رسولِ اللَّهِ ﷺ ؛ لِأَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا يُنْسَخُ بِنَصٍّ ^(١١) . وَأَمَّا قَوْلُ الصَّحَابِيِّ ، فَلَا يُنْسَخُ ، وَلَا
يُنْسَخُ بِهِ ؛ فَإِنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا يَتْرَكُونَ أَقْوَالَهُمْ لقولِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، وَلَا
يَتْرَكُونَهَا بِأَقْوَالِهِمْ ^(١٢) ، وَإِنَّمَا تَحْمِلُ مُخَالَفَةُ عَمْرٍ هَذَا النَّصَّ ، على أَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ ، وَلَوْ بَلَغَهُ لَمْ
يَعُدْهُ إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَئِنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لَمْ ^(١٣) يَتَّعَتْهَا سَيِّدُهَا ، وَلَا شَيْئًا مِنْهَا ، وَلَا قَرَابَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ،
فَلَمْ تَعْتَقْ ، كَمَا لَوْ وَلَدَتْ مِنْ أَبِيهِ فِي نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَلَئِنَّ الْأَصْلَ الرُّقُّ ، وَلَمْ يَرِدْ ذَرْوَالَهُ نَصٌّ وَلَا
إِجْمَاعٌ ، وَلَا مَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ ، فَوَجَبَ الْبَقَاءُ عَلَيْهِ ، وَلَئِنَّ وَلَادَتَهَا لَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً
لِعِتْقِهَا ، لَنَبَتَ الْعِتْقُ بِهَا ^(١٤) حِينَ وَجُودِهَا ، كَسَائِرِ أَسْبَابِهِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَوَايَةً
أُخْرَى ، أَنَّهَا تُجْعَلُ فِي سَهْمِ وَلَدِهَا ؛ لِتَعْتَقَ عَلَيْهِ ^(١٥) . وقال سَعِيدٌ ^(١٦) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ،
حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهَبٍ ، قَالَ : مَاتَ رَجُلٌ مِنَّا ، وَتَرَكَ أُمَّ وَلَدٍ ، فَأَرَادَ الْوَلِيدُ بِن
عُقْبَةَ أَنْ يَبِيعَهَا فِي دِينِهِ ، فَأَتَيْنَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ، فَذَكَّرْنَا ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ
وَلَا ^(١٧) بُدَّ ، فَاجْعَلُوهَا مِنْ ^(١٨) نَصِيبِ أَوْلَادِهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِكْرِمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ،

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) في : باب عتق أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ .

(١٠) في الأصل : « نجز » .

(١١) في م زيادة : « مثله » .

(١٢) في الأصل : « بأقوالكم » .

(١٣) في ١ ، م : « ولم » .

(١٤) في الأصل : « لأنها » .

(١٥) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٤٠/٦ .

(١٦) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٣/٢ .

كما أخرجه ، عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٨٩/٧ ، ٢٩٠ . وابن أبي

شيبه ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٣٨/٦ .

(١٧) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(١٨) في ب ، م : « في » .

قال : قال رسول الله ﷺ : « أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرِ مِنْهُ » .
وقال ابن عباس : ذُكِرَتْ أُمُّ إِبْرَاهِيمَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا » .
رواهما ابن ماجه ^(١٩) . وذكر الشَّريْف أبو جعفر ، في « مسائله » ، عن ابن عمر ، عن
النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَلَا يُبْعَنَ ، وَلَا يُرَهَّنَ ، وَلَا يُرَشَنَ ، وَيَسْتَمْتَعُ بِهَا
سَيِّدُهَا مَا بَدَّالَهُ ، فَإِنْ مَاتَ ، فَهِيَ حُرَّةٌ ^(٢٠) . وهذا فيما أُظُنُّ عن عمر ، ولا يصحُّ عن النَّبِيِّ
ﷺ ، ولأنَّه إجماعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ : كَانَ
رَأْيِي وَرَأَى عُمَرُ ، أَنْ لَا تُبَاعَ أُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ . وقوله : فَقَضَى بِهِ عُمَرُ حَيَاتَهُ وَعَثْمَانُ
حَيَاتَهُ . وقول عبيدة : رَأَى عَلِيٌّ وَعُمَرُ فِي الْجَمَاعَةِ ، أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِهِ وَحْدَهُ . وَرَوَى
عِكْرَمَةُ ، عن ابن عباس ، قال : قال ^(٢١) عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ رَجُلٍ كَانَ يُقْرَأُ بِأَنَّهُ يَطَأُ
جَارِيَتَهُ ، ثُمَّ يَمُوتُ ، إِلَّا أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا إِذَا وَلَدَتْ ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا ^(٢٢) . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ
تَصِحُّ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ؟ قُلْنَا :
قَدْ رَوَى عَنْهُمْ الرُّجُوعُ عَنِ الْمُخَالَفَةِ ، فَرَوَى ^(٢٣) عبيدة ، قال : بَعَثَ إِلَيَّ عَلِيٌّ وَإِلَى
شُرَيْحٍ ، أَنْ أَقْضُوا كَمَا كُنْتُمْ تَقْضُونَ ، فَإِنِّي أُبْغِضُ الْاِخْتِلَافَ ^(٢٤) . وَابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ : وَلَدُ
أُمِّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا . وَهُوَ الرَّأْيُ لِحَدِيثِ عَنَقِهَا ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَعَنْ عُمَرَ ، فَيَدُلُّ عَلَى
مُوَافَقَتِهِ لَهُمْ . ثُمَّ قَدْ ثَبَتَ الْإِجْمَاعُ بِاتِّفَاقِهِمْ قَبْلَ الْمُخَالَفَةِ ، وَاتِّفَاقِهِمْ مَعْصُومٌ عَنِ الْخَطَا ،
فَإِنَّ الْأُمَّةَ لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوزَ مَنْ عَنْ قَائِمٍ لِلَّهِ بِحُجَّتِهِ ، وَلَوْ جازَ ذَلِكَ

(١٩) الأول في : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٣٢٠/١ .

والثاني تقدم تخريجه ، في صفحة ٥٨٠ .

(٢٠) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب المكاتب . سنن الدارقطني ١٣٤/٤ .

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطاء أمته بالملك فتلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى

٣٤٦/١٠ . وسعيد ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

(٢٣) في م : « فقد روى » .

(٢٤) أخرجه وكيع ، في : أخبار القضاة ٣٩٩/٢ .

في بعض العَصْرِ^(٢٥)، لَجَازَ في جَمِيعِهِ، وَرَأَى الْمُوَافِقَ^(٢٦) في زَمَنِ الاتِّفَاقِ، خَيْرٌ مِنْ رَأْيِهِ / في الخلافِ بَعْدَهُ، فيكونُ الاتِّفَاقُ حُجَّةً على المُخَالَفِ لَهُ مِنْهُمْ، كما هو حُجَّةٌ على غَيْرِهِ . ٢٧٦/١١
فإن قيل: لو كان الاتِّفَاقُ في بعضِ العَصْرِ^(٢٥) إجماعاً، حُرِّمَتْ مُخَالَفَتُهُ، فكيف خالفه هؤلاء الأئمةُ، الذين لا تجوزُ نسبتُهُمْ إلى ارتكابِ الحَرَامِ ؟ قلنا: الإجماعُ يَنْقَسِمُ إلى مَقْطُوعٍ به ومَظْنُونٍ، وهذا من المَظْنُونِ، فيُمكنُ وَقُوعُ المُخَالَفَةِ مِنْهُمْ لَهُ، مع كَوْنِهِ حُجَّةً، كما وَقَعَ مِنْهُمْ مُخَالَفَةُ النَّصُوصِ الظَّنِّيَّةِ، ولم^(٢٧) تَخْرُجْ بِمُخَالَفَتِهِمْ^(٢٨) عن كونِها حُجَّةً، كَذَا هُنَا . فأما قولُ جَابِرٍ: بَعْنَا أُمَهَاتِ الأولَادِ في عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وأبي بكرٍ . فليس فيه تصرُّيحٌ بأنَّه كان يعلمُ رسولُ اللَّهِ ﷺ، ولا عَلِمَ أبا بكرٍ، فيكونُ ذلك واقعاً مِنْ فَعْلِهِمْ على انفرادِهِمْ، فلا يكونُ فيه حُجَّةٌ، ويتعيَّنُ حَمْلُ الأمرِ على هذا؛ لأنَّه لو كانَ هذا^(٢٩) واقعاً بعلمِ رسولِ اللَّهِ ﷺ وأبي بكرٍ، وأقرأ عليه، لم تجزُ مُخَالَفَتُهُ، ولم يُجْمَعِ الصَّحَابَةُ بَعْدَهُمَا على مُخَالَفَتِهِمَا، ولو فعلوا ذلك، لم يَحُلْ مِنْ مُنْكَرٍ يُنْكَرُ عَلَيْهِمْ، ويقولُ: كيف يُخَالِفُونَ فِعْلَ رسولِ اللَّهِ ﷺ، وفعلَ صاحِبِهِ؟ وكيف يَتْرُكُونَ سُنَّتَهُمَا، ويَحْرُمُونَ ما أَحَلَّ^(٣٠)؟ ولأنَّه لو كانَ ذلك واقعاً بعلمِهما، لاحتجَّ به على حينِ رَأْيِ بَيْعِهِنَّ، واحتجَّ به كُلُّ مَنْ وافقَهُ على بَيْعِهِنَّ، ولم يَجِرْ شَيْءٌ مِنْ هذا، فوجبَ أنْ يُحْمَلَ الأمرُ على ما حَمَلْنَاهُ عليه، فلا يكونُ فيه^(٣١) إذا حُجَّةٌ . ويَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ باعُوا أُمَهَاتِ الأولَادِ في النِّكاحِ، لا في المِلْكِ .

فصل: وَمَنْ أَجَازَ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ، فعلى قولِهِ، إنْ لم يَبِعْها حتى مات، ولم يَكُنْ لَهُ وارِثٌ إِلَّا وَلَدُهَا، عَتَقَتْ عَلَيْهِ، وإنْ كانَ لَهُ^(٣١) وارِثٌ سِوَى وَلَدِهَا، حُسِبَتْ مِنْ نَصِيبِ وَلَدِهَا،

(٢٥) في الأصل: «العصور» .

(٢٦) في الأصل: «الموافقة» .

(٢٧) في م: «ولا» .

(٢٨) في ١: «لمخالفتهم» .

(٢٩) سقط من: الأصل .

(٣٠) في م زيادة: «من هذا» .

(٣١) في الأصل، م: «لها» .

فَعَتَقْتُ ، وَكَانَ لَهُ مَا بَقِيَ مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيبِهِ ، عَتَقَ مِنْهَا قَدْرَ نَصِيبِهِ ، وَبَاقِيهَا رَقِيقٌ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ إِذَا وَرِثَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، سَرَى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ مِنْ سَيِّدِهَا ، وَرِثَهَا وَوَرِثَتَهُ ^(٣٢) ، كَسَائِرِ رَقِيقِهِ .

٢٠١٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَصَابَ الْأَمَةُ ، وَهِيَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، بِنِكَاحٍ ، ٢٧٦/١١ ظ
فَحَمَلَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ مَلَكَهَا حَامِلًا ، عَتَقَ الْجَنِينُ ، وَكَانَ لَهُ بَيْعُهَا)

وجملته أنه إذا تزوج أمة غيره ، فأولدها ، أو أحبلها ، ثم ملكها بشرا ، أو غيره ، لم تصير أم ولد له بذلك ، سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه ، أو ملكها بعد ولادتها . وبهذا قال الشافعي ، رضى الله عنه ؛ لأنها علفت منه بمملوك ، فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ، ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق ، وإنما حولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه ، بقول الصحابة ، رضى الله عنهم ، ففيما عداه يبقى على الأصل . ونقل القاضي ابن أبي موسى ، عن أحمد ، رضى الله عنه ، أنها تصير أم ولد في الحالين . وهو قول الحسن ، وأبي حنيفة ؛ لأنها أم ولده ، وهو مالك لها ، فيثبت ^(١) لها حكم الاستيلاد ، كما لو حملت في ملكه . ولم أجده هذه الرواية عن أحمد ، فيما إذا ملكها بعد ولادتها ، إنما نقل عنه التوقف عنها ، في رواية مهنأ ، فقال : لا أقول فيها شيئا . وصرح في رواية جماعة سواه ، بجواز بيعها ، فقال : لا أرى بأسا أن يبيعها ، إنما الحسن وحده قال : إنها أم ولد . وقال : أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون : لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها . فإن كان ^(٢) عبيدة السلماني يقول : يبيعها . وشرع ، وإبراهيم ، وعامر ، والشعبي . وأما إذا ملكها حاملا ، فظاهر كلام أحمد ، رضى الله عنه ، أنها تصير أم ولد . وهو مذهب مالك ، رضى الله عنه ؛ لأنها ولدت منه في ملكه ، فأشبهه ماله . أحبلها في ملكه ، وقد صرح أحمد ، رضى الله عنه ، في رواية إسحاق بن منصور ، أنها لا

(٣٢) سقط من : م .

(١) في ب ، م : « فثبت » .

(٢) سقط من : م .

تكون أم ولد ، حتى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمْلًا . وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ صَالِحٍ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبِي عَنْ الرَّجُلِ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ ، فَلَيْدٌ مِنْهُ ، ثُمَّ يَتَّاعُهَا . قَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ . قُلْتُ : فَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَطْءُ يَزِيدُ فِي الْوَلِيدِ ، وَكَانَ يَطْوُهَا بَعْدَ^(٣) مَا اشْتَرَاهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ^(٤) ، كَانَتْ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ وَطَّعَهَا فِي ابْتِدَاءِ حَمْلِهَا ، أَوْ تَوَسَّطَهُ ،^(٥) صَارَتْ لَهُ^(٦) بِذَلِكَ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي سَمْعِ الْوَلِيدِ / وَبَصَرِهِ . وقال القاضي : إِنْ مَلَكَهَا حَامِلًا ، فَلَمْ يَطَّأْهَا حَتَّى وَضَعَتْ ، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلِيدٍ^(٧) ، وَإِنْ وَطَّعَهَا حَالَ حَمْلِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ كَمَلَ الْوَلَدُ ، وَصَارَ لَهُ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ ، لَمْ تَصِرْ بِذَلِكَ^(٨) أُمُّ وَلِيدٍ . وَإِنْ^(٩) وَطَّعَهَا قَبْلَ ذَلِكَ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلِيدٍ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أَبْعَدُ مَا اخْتَلَطَتْ دِمَاؤُكُمْ وَدِمَاؤُهُنَّ ، وَلُحُومُكُمْ وَلُحُومُهُنَّ ، بَعْتُمُوهُنَّ^(١٠) ! فَعَلَّلَ بِالْمُخَالَطَةِ ، وَالْمُخَالَطَةُ هُنَا حَاصِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلِيدِ ، وَلِأَنَّ لِحُرِّيَةِ الْبَعْضِ أَثَرًا فِي تَحْرِيرِ الْجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ مَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ وَطَّعَهَا بَعْدَ الشَّرَاءِ ، فَهِيَ أُمُّ وَلِيدٍ . وَكَلَامُ الْخَرَقِيِّ يَفْتَضِي أَنَّهَا لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ ، إِلَّا أَنْ تَحْبَلَ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ . وَهُوَ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ ، فَقَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ حَتَّى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمْلًا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ مِنْهُ بَحْرٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، كَالْوَرْتِيِّ بِهَاتِمٍ اشْتَرَاهَا . يَحْقُقُ هَذَا ، أَنَّ حَمْلَهَا مِنْهُ مَا أَفَادَ الْحُرِّيَّةَ لَوَلَدِهِ ، فَلِأَنَّ لَا يُفِيدُهَا الْحُرِّيَّةَ أَوَّلَى . وَيفَارِقُ هَذَا مَا إِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ؛ فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، فَيَتَحَرَّرُ بِتَحْرِيرِهِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ زِيَادَةِ الْوَلِيدِ بِالْوَطْءِ ، غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ ؛ فَإِنَّ هَذَا الْوَلَدَ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَادَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَزِدْ ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِالشَّكِّ ، وَلَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ

(٣) في ب زيادة : « ذلك » .

(٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٥-٥) في م : « كانت » .

(٦) في م زيادة : « له » .

(٧) في م : « به » .

(٨) في م زيادة : « كان » .

(٩) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما يعتقها السقط ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٩٦/٧ ، ٢٩٧ . وسعيد بن

منصور ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦١/٢ .

زَادَ ، لَمْ يَثْبُتِ الْحُكْمُ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْ زَيْئٍ مِنْهُ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّئَهَا ، لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٌ ، وَإِنْ زَادَ الْوَلَدُ بِهِ ، وَلَئِنْ حَكَمَ الْإِسْلَامُ إِثْمًا يَثْبُتُ بِالْإِجْمَاعِ فِي حَقِّ مَنْ حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَمَا عَدَاهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَيْسَ فِيهِ نَصٌّ ، وَلَا إِجْمَاعٌ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ هَذَا الْحُكْمُ ، وَلَئِنْ الْأَصْلُ الرَّقُّ ، فَيَقْتَضِي عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ .

فصل : قال أحمد ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّئَهَا قَبْلَ وَضْعِهَا : فَإِنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْحَقُ بِالْمُشْتَرَى ، وَلَا يَبِيعُهُ ، وَلَكِنْ يَعْتَقُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرَكَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ . وَقَدَرُوا عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مُجْبَحٍ ^(١٠) ، عَلَى بَابِ فُسْطَاطٍ ، فَقَالَ : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلَمَّ بِهَا ؟ » . قَالُوا : نَعَمْ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ فِي قَبْرِهِ ، كَيْفَ يَرِثُهُ ^(١١) » وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! أُمٌّ كَيْفَ يَسْتَحْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٢) . يَعْنِي إِنْ اسْتَلْحَقَهُ وَشَرَكَهُ فِي مِيرَاثِهِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَوْلَدِهِ ، فَإِنْ اتَّخَذَهُ مَمْلُوكًا يَسْتَحْدِمُهُ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرَكَ فِيهِ ؛ لَكُونَ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ .

فصل : وَإِذَا وَطَّئَ الرَّجُلُ جَارِيَةً وَلَدَهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَهَا ، وَتَمَلَّكَهَا ^(١٣) ، وَلَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ وَطَّئَهَا ، وَلَا تَعَلَّقَتْ بِهَا حَاجَتُهُ ، فَقَدْ مَلَكَهَا الْأَبُ بِذَلِكَ ، وَصَارَتْ جَارِيَتَهُ ، وَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِي جَارِيَتِهِ الَّتِي مَلَكَهَا بِالشَّرَاءِ ^(١٤) . وَإِنْ وَطَّئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ أَتَبَعَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ ^(١٥) . وَهَذِهِ لَيْسَتْ زَوْجًا لَهُ ، وَلَا مِلْكٌ يَمِينِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(١٦) .

(١٠) المجح : هي الحامل المقرب التي عظم بطنها .

(١١) في ١ ، ب ، م : « يرثونه » .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٨١/١١ .

(١٣) في ب : « وملكها » .

(١٤) في الأصل : « المشتري » .

(١٥) سورة المؤمنون ٥ - ٧ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

فأضافَ مالَ الابنِ إلى أبيه ، بلامِ المِلْكِ والاستِحْقاقِ ، فَيُدَلُّ^(١٧) على أَنَّهُ مِلْكُهُ . قلنا : لم يُرِدِ النَّبِيُّ ﷺ حَقِيقَةَ المِلْكِ ، بدليلِ أَنَّهُ أضافَ إليه الولدَ ، وليسَ بِمَمْلُوكٍ ، وأضافَ إليه مالَهُ في حالةِ إضافَتِهِ إلى الولدِ ، ولا يكونُ الشَّيْءُ مَمْلُوكًا لِمَا لِكَيْنِ حَقِيقَةً في حالٍ واحِدَةٍ ، وقد يَثْبُتُ^(١٨) المِلْكُ لِلوَلَدِ^(١٩) حَقِيقَةً ، بدليلِ جُلِّ وُطْءِ إِمَائِهِ ، والتَّصَرُّفِ في مالِهِ ، وصِبْغَةِ بَيْعِهِ وَهَبَتِهِ وَعِتْقِهِ ، ولأنَّ الولدَ لو ماتَ لم يَرِثْ مِنْهُ أبُوهُ إِلَّا ما قُدِّرَ لَهُ ، ولو كانَ مالُهُ ، لا خِطَصَ بِهِ ، ولو ماتَ الأبُّ ، لم يَرِثْ وَرَثَتُهُ مالَ ابْنِهِ ، ولا يَجِبُ على الأبِّ حَجٌّ ولا زَكَاةٌ ولا جِهَادٌ بيسارِ ابْنِهِ ، فَعَلِمَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا أَرَادَ التَّجَوُّزَ ، بِتَشْبِيهِهِ بِمالِهِ في بعضِ أَحْكامِهِ^(٢٠) . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لا حَدَّ على الأبِّ ؛ لِلشُّبْهَةِ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا لم يَثْبُتْ حَقِيقَةُ المِلْكِ ، فلا أَقْلَ من أَن يكونَ شُبْهَةً تُدْرَأُ الحَدَّ ، فَإِنَّ الحُدُودَ تُدْرَأُ/ بِالشُّبْهَاتِ ، ولكن يُعَزَّرُ ؛ لَأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً لا يَمْلِكُهَا ، وَطِئًا مُحَرَّمًا ، فكانَ عليه التَّعْزِيرُ ، كَوُطْءِ الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ . وفيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لا تَعْزِيرُ^(٢١) عليه ؛ لَأَنَّ مالَ وَلَدِهِ كَمَالِهِ^(٢٢) . ولا يَصِحُّ ؛ لَأَنَّ مالَهُ مباحٌ لَهُ ، غيرَ مَلُومٍ عليه ، وهذا الوُطْءُ هو عادٍ فِيهِ ، مَلُومٌ عليه . وإنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، فالولدُ حُرٌّ ؛ لَأَنَّهُ مِنْ وُطْءِ ذُرِّيَّةٍ^(٢٣) فِيهِ الحَدُّ لِشُبْهَةِ المِلْكِ ، فكانَ حُرًّا ، كَوَلَدِ الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، ولا تَلْزَمُهُ فِيمَتُهُ ؛ لَأَنَّ الجَارِيَةَ تَصِيرُ مِلْكًا لَهُ بِالوُطْءِ ، فيَحْصُلُ عُلُوقُهَا بِالوَلَدِ وَهِيَ مِلْكٌ لَهُ ، وَتَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، وَتَنْتَقِلُ إِلَى مِلْكِهِ ، فيَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ . وبهذا قالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وقالَ في الْآخَرِ : لا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، ولا يَمْلِكُهَا ؛ لَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا في غيرِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَلأنَّ ثُبُوتَ أَحْكامِ الاسْتِيلادِ ، إِنَّمَا كانَ بِالْإِجْمَاعِ فيما إِذا اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، وَهذه لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ ، ولا في مَعْنَى مَمْلُوكَتِهِ ، فَإِنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ لا يَثْبُتَ لَهَا هذا الحُكْمُ ، وَلأنَّ الْأَصْلَ

٢٧٨/١١

(١٧) في م : « فدل » .

(١٨) في ا ، ب : « ثبت » .

(١٩) في الأصل ، م : « لولده » .

(٢٠) في م : « الأحكام » .

(٢١) في ب ، م : « يعزر » .

(٢٢) في الأصل ، ا : « كولد » .

(٢٣) في ب ، م : « ردى » .

الرُّقُّ^(٢٤)، فَبَقِيَ عَلَى الْأَصْلِ، وَلَئِنْ الْوَطْءُ الْمُحَرَّمُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِلْمَلِكِ، الَّذِي هُوَ نِعْمَةٌ وَكَرَامَةٌ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى تَعَاطِي الْمُحَرَّمَاتِ. وَلَنَا، أَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بَحْرٌ، لِأَجْلِ الْمَلِكِ، فَصَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ، كَالْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَفَارَقَ وَطْءُ الْأَجْنَبِيِّ فِي هَذَا. إِذَا ثَبِتَ هَذَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا،^(٢٥) وَلَا قِيمَتُهَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا^(٢٥)، وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا عَنْ مَلِكِ سَيِّدِهَا بِفِعْلِ مُحَرَّمٍ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهَا، وَإِنَّمَا لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهَا، فَقَدْ دَخَلَتْ قِيمَةُ الْبُضْعِ فِي ضَمَانِهَا، فَلَمْ يَضْمَنْ ثَانِيًا، كَالْوَقْعِ يَدَهَا فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهَا، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ النَّفْسِ دُونَ قِيمَةِ الْيَدِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ وَطْئًا مُحَرَّمًا، فَلَزِمَهُ مَهْرُهَا، كَالْأَجْنَبِيِّ، وَتَلَزَمَهُ قِيمَتُهُمَا، عَلَى الْقَوْلِ بِكَوْنِهَا أُمُّ وَلَدٍ، كَمَا يَلْزَمُ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ قِيمَةَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ، إِذَا اسْتَوْلَدَ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ. وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنْتَ / وَمَالُكَ ظ ٢٧٨/١١ لَا بَيْكَ». وَلَئِنْ لَا تَلْزَمُهُ قِيمَةُ وَلَدِهَا، فَلَمْ يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا، وَلَا قِيمَتُهَا، كَمَمْلُوكَتِهِ، وَلَئِنْ وَطْءَ صَارَتْ بِهِ الْمَوْطُوءَةُ أُمُّ وَلَدٍ، لِأَمْرِ لَا يَخْتَصُّ بَعْضُهَا، فَأَشْبَهَ اسْتِيلَادَ مَمْلُوكَتِهِ.

فصل: فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ قَدْ وَطِئَ جَارِيَةَ^(٢٦)، ثُمَّ وَطِئَهَا أَبُوهُ فَأَوْلَدَهَا؛ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي مَنْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ ابْنِهِ: إِنْ كَانَ الْأَبُ قَابِضًا لَهَا، وَلَمْ يَكُنِ الْإِبْنُ وَطِئَهَا، فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ فِيهَا شَيْءٌ. قَالَ الْقَاضِي: فَظَاهِرُ هَذَا، أَنَّ الْإِبْنَ إِنْ كَانَ قَدْ وَطِئَهَا، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَبِ بِاسْتِيلَادِهَا؛ لِأَنَّهَا تُحَرِّمُ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا بِوَطْءِ ابْنِهِ لَهَا، وَلَا تَحِلُّ لَهُ بِحَالٍ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الْأَجْنَبِيِّ. فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَا يَمْلِكُهَا، وَلَا تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ. فَأَمَّا وَلَدُهَا، فَيَعْتَقُ عَلَى أَخِيهِ؛ لِأَنَّهُ ذُو رَحِمٍ مِنْهُ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ لَهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ، مِنْ غَيْرِ أَنْ تَحِلَّ لَهُ، كَالْوَلَدِ^(٢٧) اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ الَّتِي وَطِئَهَا ابْنُهُ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ، مَعَ كَوْنِهَا مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، فَكَذَلِكَ هُنَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَطْءَ يَدْرَأُ فِيهِ الْحَدَّ لِشَبْهَةِ^(٢٨) الْمَلِكِ، فَصَارَتْ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ، كَالْوَلَدِ لَمْ يَطْأُهَا الْإِبْنُ.

(٢٤) فِي الْأَصْلِ: «الْآلَةُ».

(٢٥-٢٥) سَقَطَ مِنْ: ب. نَقَلَ نَظْرًا.

(٢٦) فِي ١، ب، م. «جَارِيَتُهُ».

(٢٧) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ، ١.

(٢٨) فِي م: «بَشْبَهَةٌ».

فصل : وإن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه ، فهو زان ، يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ، ولا يصير أم ولد له ، ويلزمه مهرها ، ولده يعتق على جدّه ؛ لأنه ابن ابنه ، إذا قلنا : إن ولده من الزنى يعتق على أبيه . وتحرم الجارية على الأب على التأييد . ولا تجب^(٢٩) قيمتها على الابن ؛ لأنه لم يخرجها عن ملكه ، ولم يمنعه بيعها ، ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع . فإن استولدها الأب بعد ذلك ، فقد فعل محرماً ، ولا حدّ عليه ؛ لأنه وطئ صادف ملكاً ، وتصير أم ولد له ؛ لأنه استولد مملوكته ، فأشبهه الملو وطئ أمته المراهونة .

فصل : وإن زوج أمته ، ثم وطئها ، فقد فعل محرماً ، ولا حدّ عليه ؛ لأنها مملوكته ، ويعزّر . قال أحمد ، رضى الله عنه : يُجلد ، ولا يرجم . يعنى أنه يعزّر بالجلد ؛ لأنه لو وجب^(٣٠) عليه الحد ، لوجب^(٣١) الرجم إذا كان / مُحصناً . فإن أولدها ، صارت أم ولده ؛ لأنه استولد مملوكته ، وتعتق بموته ، ولده حرٌّ ، وما ولدت بعد ذلك من الزوج ، فحكمه حكم أمه .

٢٧٩/١١

فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع ، أو أخته ، أو ابنته ، لم يحل له وطؤها . فإن وطئها ، فلا حدّ عليه . في أصحّ الروايتين ؛ لأنها مملوكته ، ويعزّر . فإن ولدت ، فالولد حرٌّ ، ونسبه لاجئ به ، وهى أم ولده . وكذلك لو ملك أمة مجوسية ، أو وثنية ، فاستولدها ، أو ملك الكافر أمة^(٣٢) مسلمة فاستولدها ، فلا حدّ عليه ، ويعزّر ، ويلحقه نسب ولده ، وتصير أم ولد له ، تعتق بموته ؛ لما ذكرنا . وكذلك لو وطئ أمته المراهونة ، أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها ، صارت له بذلك أم ولد ، وخرجت من الرهن والمضاربة ، وعليه قيمتها للمرتين ، نجعل مكانها رهناً ، أو توفية عن دين الرهن ، وتنفسخ المضاربة فيها . وإن كان فيها ربح ، نجعل الربح في مال المضاربة . والله أعلم .

(٢٩) في م زيادة : « بسبب » .

(٣٠ - ٣١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣١) سقط من : ب .

٢٠١٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَلِقَتْ مِنْهُ بَحْرٌ فِي مِلْكِهِ ، فَوَضَعَتْ بَعْضَ مَا يَتَبَيَّنُ ^(١) فِيهِ خَلْقُ الْإِنْسَانِ ، كَانَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٌ)

ذكر الخرقى لمصيرها أم ولد شروطاً ثلاثة ؛ أحدها ، أن تعلق منه بحرٌ . فأما إن علقت منه بمملوك ، ويتصور ذلك في الملك في ^(٢) موضعين ؛ أحدهما ، في العبد إذا ملكه سيده ، قلنا : إنه يملك . فإنه إذا وطئ أمته واستولدها ، فولده مملوك ، ولا نصير الأمة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك ، وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له . والثاني ، إذا استولد المكاتب أمته ، فإن ولده مملوك له ، وأما الأمة ، فإنه لا يثبت لها أحكام أم الولد في العتق بموته في الحالين ^(٣) ؛ لأن المكاتب ليس بحرٌ ، ولولده منها ليس بحرٌ ، فأولى أن لا تتحرر هي . ومتى عجز المكاتب ، وعاد إلى الرق ، أو مات قبل أداء كتابته ، فهي أمة فن ، كأمة العبد القن . وهل يملك المكاتب بيعها ، والتصرف فيها ؟ فيه اختلاف ، ذكر / القاضي في موضع ، أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد ، ولا نصير أم ولد بحال . وهذا أحد قولي الشافعي ؛ لأنها علقت بمملوك في ملك غير تام ، فلم يثبت لها ^(٤) شيء من أحكام الاستيلاد ، كأمة العبد القن . وظاهر المذهب أنها موقوفة ، لا يملك بيعها ، ولا نقل الملك فيها ، فإن عتق ، صارت له أم ولد ، تعتق بموته ، فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ، ما يثبت لولدها من حرمة الحرية . وقد نص أحمد ، رضى الله عنه ، على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقى ، يحتمل الوجهين جميعاً . الشرط الثاني ، أن تعلق منه في ملكه ، سواء كان ^(٥) من وطء ^(٥) مباح أم محرّم ، مثل الوطء في الحيض ، أو النفاس ، أو الصوم ، أو الإحرام ، أو الظهار ، أو غيره . فأما إن علقت منه في غير ملكه ، لم تصير بذلك أم ولد ، سواء علقت منه بمملوك ، أو غر من أمة ، وتزوجها على أنها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها ، فبانت مستحقة ، فإن الولد حر ، ولا نصير

(١) في ب ، م : « يستبين » .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) في ا ، ب ، م : « الحال » .

(٤) في الأصل : « بها لهذا » .

(٥-٥) في ا ، ب : « بوطء » .

الْأُمَّةُ أُمٌّ وَلَدٌ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ بِحَالٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِنْ مَلَكَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٌ . وَقَدْ ذَكَرْنَا^(٦) الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ، فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ . وَالْمَقْصُودُ بِذِكْرِ هَذِهِ الشُّرُوطِ هُنَا ، ثُبُوتُ الْحُكْمِ عِنْدَ اجْتِمَاعِهَا ، وَأَمَّا انْتِفَاؤُهُ عِنْدَ انْتِفَائِهَا ، فَيُذَكَّرُ فِي مَسَائِلَ مُفْرَدَةٍ لَهَا . الشَّرْطُ الثَّالِثُ ، أَنْ تَضَعَ مَا يَتَّبِعُ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ؛ مِنْ رَأْسٍ ، أَوْ يَدٍ ، أَوْ رِجْلٍ ، أَوْ تَخْطِيطٍ ، سَوَاءً وَضَعَتْهُ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ، وَسَوَاءً أَسْقَطَتْهُ ، أَوْ كَانَ تَامًا . قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِذَا وَلَدَتِ الْأُمُّ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَقَدْ عَتَقَتْ وَإِنْ كَانَ سَقَطًا^(٧) ، وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا ، وَإِنْ كَانَ^(٨) سَقَطًا . قَالَ الْأَثَرُ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : أُمُّ الْوَلَدِ ، إِذَا أَسْقَطَتْ ، لَا تَعْتِقُ ؟ فَقَالَ : إِذَا تَبَيَّنَ فِيهِ يَدٌ / أَوْ رِجْلٌ ، أَوْ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِهِ ، فَقَدْ عَتَقَتْ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : إِذَا تَلَبَّثَ^(٩) فِي الْخَلْقِ الرَّابِعِ ، فَكَانَ مُخْلَقًا ، انْقَضَتْ بِهِ عِدَّةُ الْحُرَّةِ ، وَأَعْتَقَتْ بِهِ الْأُمُّ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ مَنْ قَالَ بِثُبُوتِ حُكْمِ الْاسْتِيلَادِ . فَأَمَّا إِنْ لَقِيَ نُطْفَةً ، أَوْ عَلَقَةً ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِوَلَدٍ . وَرَوَى يُوسُفُ بْنُ مُوسَى ، أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ قِيلَ لَهُ : مَا تَقُولُ فِي الْأُمِّ إِذَا لَقِيَ مُضْغَةً أَوْ عَلَقَةً ؟ قَالَ : تَعْتِقُ . وَهَذَا قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ . وَإِنْ وَضَعَتْ مُضْغَةً لَمْ يَظْهَرْ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الْآدَمِيِّ ، فَشَهِدَتْ ثِقَاتٌ مِنَ الْقَوَائِلِ ، أَنَّ فِيهَا صُورَةَ خَفِيَّةً ، تَعَلَّقَتْ بِهَا الْأَحْكَامُ ؛ لِأَنَّهُنَّ أَطْلَعْنَ عَلَى الصُّورَةِ الَّتِي خَفِيَتْ عَلَى غَيْرِهَا . وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ بِذَلِكَ ، لَكِنْ عُلِمَ أَنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيِّ ؛ إِمَّا بِشَهَادَتِهِنَّ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تُصَيِّرُ بِهِ الْأُمُّ أُمَّ وَلَدٍ ، وَلَا تَنْقُضِي بِهِ عِدَّةَ الْحُرَّةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّبَّارِ الْمُتَلِفُ لَهُ الْغُرَّةُ ، وَلَا الْكَفَّارَةُ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَظَاهِرُ مَا تَقَلَّه الْأَثَرُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَظَاهِرُ قَوْلِ^(١٠) الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَسَائِرِ مَنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَتَّبِعَ شَيْءٌ فِيهِ مِنْ^(١١) خَلْقِ

و ٢٨٠/١١

(٦) في ١ ، ب : « ذكر » .

(٧) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى

٣٤٦/١٠ . وسعيد ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦١/٢ .

(٨) في م زيادة : « ولدها » .

(٩) في الأصل : « انكس » .

(١٠) في ب ، م : « كلام » .

(١١) سقط من : ب ، م .

الآدمي^(١٢) ؛ لأنه لم يَبْنِ فيه شيء من خلق آدمي ، أشبه النطفة والعَلَقَة . والثانية ، تَعَلَّقُ به^(١٣) الأحكام الأربعة ؛ لأنه مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِي ، أشبه إِذَاتَبَيْنَ . وخرَجَ أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة ، وهو أَنَّ الأُمَّةَ تصيرُ بذلك أُمٌّ وَلِدٍ ، ولا تَنْقُضِي به عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لأنه رَوَى عن أحمد ، رَضِيَ اللهُ عنه ، في الأُمَّةِ إِذَا وَضَعْتَ ، فَمَسَّتْهُ القَوَائِلُ ، فَعِلِمَنْ أَنَّهُ لَحْمٌ ، ولم يَتَبَيَّنْ لحمه : تَحْتَاطُ^(١٤) في العِدَّةِ بِأُخْرَى ، وَبِحْتَاطٍ بِعِتْقِ الأُمَّةِ . وظاهرُ هذا ، أَنَّهُ حَكَمَ بِعِتْقِ الأُمَّةِ ، ولم يَحْكَمْ بِإِقْضَاءِ العِدَّةِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ الأُمَّةِ يَحْصُلُ لِلْحُرِّيَّةِ ، فَاحْتِيطَ بِتَحْصِيلِهَا ، والعِدَّةُ تَتَعَلَّقُ بِهَا تَحْرِيمُ التَّزْوِيجِ^(١٥) وَحُرْمَةُ الْفَرْجِ ، فَاحْتِيطَ بِإِبْقَائِهَا . وقال بعضُ الشافعيةِ بالعَكْسِ : لا تَجِبُ العِدَّةُ ، ولا تصيرُ الأُمَّةُ أُمٌّ وَلِدٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَيَبْقَى عَلَى أَصْلِهِ . ولا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ العِدَّةَ كَانَتْ^(١٦) ثَابِتَةً ، وَالْأَصْلُ بِقَاوُهَا عَلَى مَا كَانَتْ^(١٧) عَلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ فِي الْآدَمِيِّ الْحُرِّيَّةِ ، فَنُغْلِبُ مَا يُفْضِي إِلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠١٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ ، فَقَدْ صَارَتْ حُرَّةً ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا)

يَعْنِي أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ سِوَاهَا . وهذا قولُ كُلِّ مَنْ رَأَى عِتْقَهُنَّ ، لا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِيهِ خِلَافًا . وسواءٌ وَلَدَتْ فِي الصَّحَّةِ أَوِ الْمَرَضِ ؛ لِأَنَّهُ حَاصِلٌ بِالتَّيَادُهِ وَشَهْوَتِهِ ، وَمَا يُتْلَفُ فِي لَذَاتِهِ وَشَهْوَاتِهِ^(١) ، يَسْتَوِي فِيهِ حَالُ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ ،^(٢) كَالَّذِي يَأْكُلُهُ وَيَلْبَسُهُ ، وَلِأَنَّ عِتْقَهَا بَعْدَ^(٣) الْمَوْتِ ، وَمَا يَكُونُ بَعْدَ^(٤) الْمَوْتِ يَسْتَوِي فِيهِ الْمَرَضُ وَالصَّحَّةُ^(٥) ، كَقَضَاءِ الدُّيُونِ ، وَالتَّذْيِيرِ ، وَالْوَصِيَّةِ . ولا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ

(١٢) في م : « الإنسان » .

(١٣) في ب : « بها » .

(١٤) في أ ، ب : « فاحتاط » .

(١٥) في ب ، م : « التزوج » .

(١٦-١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) في الأصل ، م : « وشهوته » .

(٢-٣) سقط من : ب .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مَنْ رَأَى عِتْقَهُنَّ . قَالَ سَعِيدٌ^(٤) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، قَالَ :
أَذْرَكَ ابْنَ عُمَرَ رَجُلَانِ ، فَقَالَا : إِنَّا تَرَكْنَا هَذَا الرَّجُلَ يَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ . يَغْنِيَانِ ابْنَ
الرُّبَيْرِ . فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ : أَتَعْرِفَانِ أَبَا حَفْصٍ ؟ فَإِنَّهُ قَضَى فِي أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ أَنْ لَا يُبْعَنَ ، وَلَا
يُوهَبَنَ ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا صَاحِبُهَا ، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ . وَقَالَ^(٥) : حَدَّثَنَا غِيَاثٌ ، عَنْ
خُصَيْفٍ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ رَجُلٍ
كَانَ يُقَرُّ بِأَنَّهُ يَطْأُ جَارِيَتَهُ ، وَمَيُوتُ^(٦) ، إِلَّا أَعْتَقَهَا إِذَا وَلَدَتْ ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا .

**فصل : ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ،
والعفيف والفاجر ، في هذا ، في قول^(٧) أَهْلُ الْفَتَوَى^(٨) من أهل الأمصار ؛ لأن ما يتعلق به
العِتْقُ يَسْتَوِي فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، وَالْعَفِيفُ وَالْفَاجِرُ ، كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها
بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه ، فإذا استويا في النسب ، استويا في حكمه .
وروى سعيد^(٩) ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَخْبَرَنَا مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَبِي عَطِيَّةَ^(١٠)
الْهَمْدَانِيِّ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ : إِنْ أَسْلَمَتْ
وَأُحْصِنَتْ وَعَفَّتْ ، أُعْتِقَتْ ، وَإِنْ كَفَرَتْ وَفَجَرَتْ وَغَدَرَتْ ، رَقَّتْ . وَقَالَ^(١١) :
حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَخْبَرَنَا يَحْيَى عَنْ أُمِّ وَلَدِ رَجُلٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَكُتِبَ فِي ذَلِكَ إِلَى
عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَكُتِبَ^(١٢) عُمَرُ^(١٣) : يَبِيعُوهَا^(١٤) بِأَرْضٍ لَيْسَ بِهَا^(١٥)**

(٤) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .
كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطأ أمته بالملك فتدله ، وباب الخلاف في أمهات الأولاد ، من كتاب عتق
أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٣/١٠ ، ٣٤٨ . وعبد الرزاق ، في باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق .
المصنف ٣٩٢/٧ ، ٣٩٣ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥٨٦ .

(٦) سقطت الواو من : أ ، ب . وفي السنن : « ثم يموت » .

(٧) في م زيادة : « أئمة » .

(٨) في الأصل : « الفتوى » .

(٩) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

(١٠) أى : مالك بن عامر .

(١١) في الباب نفسه . السنن ٦٢/٢ ، ٦٣ .

(١٢) في م : « وكتب » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤-١٥) في م : « ليس بها » .

أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ دِينِهَا . وَإِذَا كَانَ مَبْنَى عِتْقِ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،
وَقَدْ قَالَ هَذَا الْقَوْلُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَخْتَصَّ الْعِتْقُ بِالْمُسْلِمَةِ الْعَفِيفَةِ / دُونَ^(١٥) الْكَافِرَةِ ٢٨١/١١ و
الْفَاجِرَةِ ؛ لِانْتِفَاءِ الدَّلِيلِ الَّذِي ثَبَتَ بِهِ عِتْقُهُنَّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا صَارَتِ الْأُمَّةُ أُمًّا^(١) وَلَدٍ^(٢) ، بِمَا وَصَفْنَا ، ثُمَّ
وَلَدَتْ^(٣) مِنْ غَيْرِهِ ، كَانَ لَهُ حُكْمُهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا وَلَدَتْ بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْاسْتِيلَادِ لَهَا مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، مِنْ زَوْجٍ أَوْ
غَيْرِهِ ، فَحُكْمُ وَلَدِهَا حُكْمُهَا ، فِي أَنَّهُ يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، وَيَجُوزُ فِيهِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَا
يَجُوزُ فِيهَا ، وَيَمْتَنِعُ فِيهِ مَا يَمْتَنِعُ فِيهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : قَالَ ابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ
عَبَّاسٍ ، وَغَيْرُهُمَا : وَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا^(٣) . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِثُبُوتِ حُكْمِ
الْاسْتِيلَادِ ، إِلَّا أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : هُمْ عَبِيدٌ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ
أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ حُكْمُ أُمِّهِمْ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِيلَادَ مُحْتَصٌ^(٤) بِهَا ، فَيَخْتَصُّ بِحُكْمِهِ . كَوَلَدَ مَنْ
عَلَّقَ عِتْقُهَا بِصِفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُمْ عَبِيدٌ ، حُكْمُهُمْ حُكْمُ أُمِّهِمْ ، مِثْلُ قَوْلِ
الْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَيَتَّبِعُهَا فِي سَبَبِهِ^(٥) إِذَا كَانَ مُتَأَكِّدًا ، كَوَلَدَ
الْمُكَاتَبَةِ وَالْمُدَبِّرَةِ ، بَلْ وَلَدَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْعِتْقِ فِيهَا مُسْتَقَرٌّ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى
إِبْطَالِهِ بِحَالٍ . فَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ قَبْلَ سَيِّدِهَا ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ فِي الْوَلَدِ ، وَتَعْتَقُ
بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَبْطُلْ ، وَإِنَّمَا لَمْ^(٦) تَثْبُتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا .
وكَذَلِكَ وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ ، لَا يَبْطُلُ الْحُكْمُ فِيهِ بِمَوْتِ أُمِّهِ . وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ إِذَا مَاتَتْ ، فَإِنَّهُ

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « وَيُرَقَّ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢) (٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ الْاسْتِيلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ عِتْقِ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ .
السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤٨/١٠ ، ٣٤٩ .

(٤) فِي أ ، ب : « يَخْتَصُّ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « نَسَبِهِ » . وَفِي أ : « السَّبَبِ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

يعود رقيقاً ؛ لأنَّ العَقْدَ يَطُلُ بِمَوْتِهَا ، فلم يَبْقَ حُكْمُهُ فِيهِ . وقد ذَكَرْنَا فِي هَذَا خِلَافًا فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ أُمَّ الْوَلَدِ ، أَوِ الْمُدَبَّرَةَ ، لم^(٧) يَعْتَقْ وَلَدُهَا ، لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِغَيْرِ السَّبَبِ^(٨) الَّذِي تَبِعَهَا فِيهِ ، وَيَبْقَى عِتْقُهُ مَوْفُوعًا عَلَى مَوْتِ سَيِّدِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْتَقَ وَلَدَهُمَا ، لم يَعْتَقَا بِعِتْقِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتِبَةَ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، وَسُفْيَانُ ، وَإِسْحَاقُ : الْمُكَاتِبَةُ إِذَا أَدَّتْ أَوْ أُعْتِقَتْ ، عَتَقَ وَلَدُهَا ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرَةُ إِذَا أُعْتِقَتْ ، لم يَعْتَقْ وَلَدُهَا حَتَّى يَمُوتَ السَّيِّدُ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ وَلَدَ / الْمُكَاتِبَةِ يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ بِإِعْتِقَاقِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ مَالِهَا ، يَسْتَحِقُّ كَسْبَهُ ، فَيَتَّبِعُهَا إِذَا أُعْتِقَهَا كَالِهَا ، وَلَئِنْ إِعْتِاقُهَا يَمْنَعُ أَدَاءَهَا بِسَبَبٍ مِنَ السَّيِّدِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَبْرَأَهَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ اسْتِيلَادِهَا ، وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ قَبْلَ تَدْبِيرِهَا ، وَالْمُكَاتِبَةُ قَبْلَ كِتَابَتِهَا ، فَلَا يَتَّبِعُهَا ؛ لَوُجُودِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ السَّبَبِ فِيهَا ، وَزَوَالِ حُكْمِ التَّبَعِيَّةِ عَنْهُ قَبْلَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ فِي أُمِّهِ ، وَلِهَذَا لَا يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ الْمُتَنَجِّزِ ، فَفِي السَّبَبِ أَوَّلَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ قَبْلَ التَّدْبِيرِ رَوَاتَيْنِ ، فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ ، وَهُوَ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُتَفَصِّلَ لَا يَتَّبِعُهَا فِي عِتْقِ ، وَلَا بَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا زَهْنٍ ، وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، سِوَى الْإِسْلَامِ ، بِشَرْطِ كَوْنِهِ صَغِيرًا ، فَكَيْفَ يَتَّبِعُ فِي التَّدْبِيرِ ! وَلَئِنْ لَمْ يَنْصَرِّ فِيهِ ، وَلَا قِيَاسٌ يَقْتَضِيهِ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ .

٢٠١٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ ، مُنِعَ مِنْ وَطْئِهَا ، وَالتَّلْدُذِ بِهَا ، وَأُجْبِرَ عَلَى نَفَقَتِهَا . فَإِذَا أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، عَتَقَتْ) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَافِرَ يَصِحُّ مِنْهُ الْاسْتِيلَادُ لِأَمْتِهِ ، كَمَا يَصِحُّ مِنْهُ عِتْقُهَا . وَإِذَا اسْتَوْلَدَ الذَّمِّيُّ أَمْتَهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، لم تَعْتَقْ فِي الْحَالِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَعْتَقُ ، إِذَا لَا سَبِيلَ إِلَى بَيْعِهَا ، وَلَا إِلَى إِقْرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِثْبَاتِ مِلْكِ كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالْأَمَةِ الْقَرْنِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تُسْتَسْعَى ، فَإِنْ أَدَّتْ ، عَتَقَتْ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِّينِ ؛ حَقِّهَا فِي أَنْ لَا يَبْقَى مِلْكُ الْكَافِرِ عَلَيْهَا ، وَحَقُّهُ فِي حُصُولِ عَوَضِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمُّ وَلَدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِسْلَامٌ طَرَأَ عَلَى مِلْكِهِ ، فَلَمْ يُوجِبْ عِتْقًا ، وَلَا سِعَايَةً ، كَالْعَبْدِ الْقَرْنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مُجَرَّدُ

(٧) فِي أ ، ب : « لَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « النَّسَب » .

حِكْمَةٍ لَمْ يُعْرِفْ مِنَ الشَّارِعِ اعْتِبَارُهَا ، وَيُقَابِلُهَا ^(١) ضَرَرٌ ، فَإِنَّ فِي عَقْبِهَا مَجَانًا إِضْرَارًا بِالْمَالِكِ ، بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ / بغير ^(٢) عَوَضٍ ، وَفِي الِاسْتِسْعَاءِ الزَّامُ لَهَا بِالْكَسْبِ بِغَيْرِ رِضَاها ، وَتَضْيِيعُ لِحَقِّهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِحَالَةً عَلَى سِعَايَةٍ لَا تَذَرِي هَلْ يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَوْ ^(٣) لَا ؟ وَإِنْ حَصَلَ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكُونُ يَسِيرًا ، فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَجُودُهُ قَرِيبٌ مِنْ عَدَمِهِ ، وَالْحَقُّ أَنَّ يَبْقَى الْمِلْكُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَيُمنَعُ مِنْ وَطْئِهَا ، وَالتَّلَذُّذُ بِهَا ، كَيْ لَا يَطَّأَهَا وَيَتَذَلَّهَا وَهُوَ مُشْرِكٌ ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَيُمنَعُ الْحُلُوةُ بِهَا ، لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ ، وَيُجَبَّرَ عَلَى نَفَقَتِهَا عَلَى التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَمَنْعُهُ مِنْ وَطْئِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ مِنْهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْحَائِضَ وَالْمَرِيضَةَ ، وَتُسَلَّمُ إِلَى امْرَأَةٍ ثَقِيَّةٍ ، تَكُونُ عِنْدَهَا ، لِتَحْفَظَهَا ، وَتَقُومَ بِأَمْرِهَا ، وَإِنْ اخْتَبَجَتْ إِلَى أُجْرٍ ، أَوْ أُجِرَ مَسْكَنٌ ، فَعَلَى سَيِّدِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ نَفَقَتَهَا فِي كَسْبِهَا ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهَا . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ نَفَقَتِهَا ، فَهَلْ يَلْزَمُ سَيِّدَهَا تَمَامُ نَفَقَتِهَا ^(٤) ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَنَحْوُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى سَيِّدِهَا ، وَكَسْبُهَا لَهُ ، يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ^(٥) عَلَى التَّمَامِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا كَسْبٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ ^(٦) ، وَلَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ يُسْقِطُ نَفَقَتَهَا ^(٧) ، وَلَا يَمْلِكُ بِهِ كَسْبُهَا ، فَأَشْبَهَتْ أُمَّتَهُ الْقَرْنَ ، أَوْ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَلِأَنَّ الْمِلْكَ سَبَبٌ لَهُذَيْنِ الْحُكْمَيْنِ ، وَالْحَادِثُ مِنْهُمَا لَا يَصْلُحُ مَانِعًا ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يَمْنَعُ مِنْهُمَا ، بِدَلِيلِ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَالْإِسْلَامُ لَا يَمْنَعُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ جَدَّ قَبْلَ وَلَا دَتِهَا ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَلْزَمْهُ نَفَقَتُهَا ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، أَفْضَى إِلَى هَلَاكِهَا وَضَيَاعِهَا ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ فَاضِلَ كَسْبِهَا ، فَيَلْزِمُهُ فَضْلُ نَفَقَتِهَا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ .

٢٠١٨ - مسألة ^(١) ؛ قَالَ : (وَإِذَا عَتَقْتُ ^(٢) أُمَّ الْوَلَدِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَمَا كَانَ فِي

(١) فِي م : « وَيَقَاوُمَا » .

(٢) فِي الْأَصْل : « مِنْ غَيْرِ » .

(٣) فِي ب : « أُم » .

(٤) فِي ب : « نَقَصَهَا » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقْلَ نَظَرِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١) سَقَطَتِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ : ب .

(٢) فِي أ : « أُعْتَقْتُ » .

يَدَهَا مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ لَوَرَثَةِ سَيِّدِهَا)

٢٨٢/١١ ظ إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ أُمَّةٌ ، وَكَسَبُهَا السَّيِّدَ (٣) ، وَسَائِرُ مَا فِي يَدِهَا لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا فَعَتَقَتْ ، انْتَقَلَ مَا فِي يَدِهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ ، وَكَافِيَ يَدَ الْمُدَبَّرَةِ ، وَتُخَالِفُ الْمُكَاتَبَةَ ؛ فَإِنَّ كَسَبَهَا فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا لَهَا ، فَإِذَا عَتَقَتْ ، بَقِيَ لَهَا ، كَمَا كَانَ لَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ .

٢٠١٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَوْصَى لَهَا بِمَا فِي يَدِهَا ، كَانَ لَهَا ، إِذَا اخْتَمَلَهُ الثُّلُثُ)

وجملته أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِأُمِّ الْوَلَدِ تَصَحُّ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ الْقَائِلِينَ بِثُبُوتِ حُكْمِ الْاسْتِيلَادِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَدْ رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ هُشَيْمٍ ، حَدَّثَنَا حُمَيْدٌ ، عَنْ الْحَسَنِ ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، أَوْصَى لِأُمِّهِاتِ أَوْلَادِهِ (١) بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ (٢) أَرْبَعَةَ آلَافٍ (٣) . وَلِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ حُرَّةٌ فِي حَالِ نَفْوَذِ الْوَصِيَّةِ لَهَا ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا يَتَنَجَّزُ بِمَوْتِهِ ، فَلَا تَقَعُ الْوَصِيَّةُ لَهَا إِلَّا فِي حَالِ حُرِّيَّتِهَا . وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذَا اخْتَمَلَهُ الثُّلُثُ . فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ كُلَّهَا لَا تَلْزِمُ إِلَّا فِي الثُّلُثِ فَمَا دُونََ ، وَهَذَا مِنْهَا ، وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ جَارٌ ، وَإِلَّا رُدَّ إِلَى الْوَرَثَةِ . وَلَا تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهَا تَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَلَا تُحْتَسَبُ مِنَ الثُّلُثِ ، كَقَضَاءِ الدُّيُونِ ، وَأَدَاءِ الْوَاجِبَاتِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى (٣) لِمُدَبَّرِهِ أَوْ مُدَبَّرَتِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ، إِلَّا أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ وَمَا أَوْصَى لَهُ بِهِ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ تَبَرُّعٌ ، فَكَانَ مِنَ الثُّلُثِ ، كَالْوَصِيَّةِ . فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَكَانَ مَا أَوْصَى بِهِ لَهُ ، وَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ فِي حَالِ حُرِّيَّتِهِ ، فَأَشْبَهَتْ الْوَصِيَّةَ لِأُمِّ وَلَدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلُثِ ، اعْتُبِرَتْ قِيَمَتُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَيَعْتِقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، لِيَعْتِقَ دُونََ الْمَالِ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، عَتَقَ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَلَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ تَمَامُ الثُّلُثِ ، وَيَقِفُ مَا زَادَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ .

(٣) سقط من : الأصل .

(١) في ب : « الأُولَاد » .

(٢-٢) في م : « درهم » .

وتقدم تخريجه ، في : ٥٢٠/٨ .

(٣) في ج ، م ، « أوصى » .

٢٠٢٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ عَنْ أُمِّ وَلَدِهِ ، فَعِدَّتُهَا حَيْضَةٌ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءَ نَفْسِهَا ، لَخُرُوجِهَا/ عَنْ^(١) مِلْكِ سَيِّدِهَا ٢٨٣/١١
الَّذِي كَانَ يَطْوُوهَا ، فَكَانَ ذَلِكَ بِحَيْضَةٍ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا فِي حَيَاتِهِ . وَإِنَّمَا سَمِيَ
الْخِرْقَى هَذَا عِدَّةً ؛ لِأَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ أَشْبَهَ الْعِدَّةَ فِي كَوْنِهِ يَمْنَعُ النِّكَاحَ ، وَتَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ
بِرَآءَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعِدَدِ ، وَالْخِلَافِ فِيهَا فِيمَا^(٢) مَضَى^(٣) .

٢٠٢١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا جَنَّتْ أُمُّ الْوَلَدِ ، فَذَاهَا سَيِّدُهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ ذُونِهَا)

وَجَمَلُهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَّتْ ، تَعْلَقُ أَرْضُ جِنَايَتِهَا بِرَقَبَتِهَا ، وَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَفْدِيَهَا بِأَقْلٍ
الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ^(١) «أَرْضِ جِنَايَتِهَا» . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ
الْعَزِيزِ قَوْلًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَفْدِيهَا بِأَرْضِ جِنَايَتِهَا بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهَا فِي الْجِنَايَةِ ،
فَلَزِمَهُ أَرْضُ جِنَايَتِهَا بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ، كَالْقِنِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ : لَيْسَ عَلَيْهِ
فِدَاؤُهَا ، وَتَكُونُ جِنَايَتُهَا فِي ذِمَّتِهَا ، تُتَّبَعُ بِهَا إِذَا عَتَقَتْ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهَا ، فَلَمْ
^(٣) يَكُنْ عليه فِدَاؤُهَا كَالْحُرَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ كَسَبُهَا ، لَمْ يُسَلِّمْهَا ، فَلَزِمَهُ أَرْضُ
جِنَايَتِهَا ، كَالْقِنِّ ، لَا تَلْزِمُهُ زِيَادَةُ عَلَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ تَسْلِيمِهَا ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ
مَنْعَ ذَلِكَ ؛ لِكَوْنِهَا لَمْ تَبْقَ مُحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَلَا تَنْقِلُ الْمِلْكَ فِيهَا ، وَفَارَقَ^(٤) الْقِنُّ إِذَا لَمْ
يُسَلِّمْهَا ، فَإِنَّهُ^(٥) أَمَكَّنَ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِلْبَيْعِ ، فَرُبَّمَا زَادَ فِيهَا مَزِيدًا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ؛ فَإِذَا امْتَنَعَ
مَالُهَا مِنْ تَسْلِيمِهَا ، أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الْأَرْضَ بِكَمَالِهِ . وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ فِيهَا ؛
فَإِنْ بَيْعَهَا غَيْرَ جَائِزٍ ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٢) فِي ١ ، ب ، م : « عَلَى مَا » .

(٣) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي : ٢٠٩/١١ .

(١-١) فِي م : « ذُونُهَا » .

(٢) فِي ١ : « أَعْتَقَتْ » .

(٣-٣) فِي الْأَصْلِ : « فَمَا يَكُونُ » .

(٤) فِي م : « وَفَارَقَتْ » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « إِنْ » .

فصل : وإذا ماتت قبل فدائها ، فلا شيء على سيدها ، لأنه لم يتعلق بذمته شيء ، وإنما تعلق برقيتها ، فإذا ماتت سقط الحق ؛ لتلف متعلقه . وإن نقصت قيمتها قبل فدائها ، وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ؛ لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء ، فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها . وإن زادت قيمتها ، زاد فداؤها ؛ لأن متعلق الحق زاد ، فزاد الفداء بزيادته ، كالرقيق / القن . ويتبعى أن تحسب قيمتها معيبة بعيب^(٦) الاستيلاء ؛ لأن ذلك ينقصها^(٧) ، فاعتبر كالمرضى^(٨) وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها ، وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد ، فيجب أن ينقص فداؤها ، وأن يكون^(٩) مقدراً بقيمتها^(٩) في حال كونها أم ولد ، والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد ، إلا أنها يجوز بيعها ، في رواية ، فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها . وإن امتنع منه ، فهل يفديها بأقل الأمرين ، أو يلزمه أرض الجناية بالغاً ما بلغ^(١٠) ؟ يخرج على روايتين .

فصل : وإن كسبت بعد جنايتها شيئاً ، فهو لسيدها ؛ لأن الملك ثابت له دون المجنبي عليه . وإن ولدت ، فهو لسيدها أيضاً ؛ لأنه متفصل عنها ، فأشبه الكسب . وإن فداها في حال حملها ، فعليه قيمتها حاملاً ؛ لأن الولد متفصل بها ، فأشبه سمنها^(١١) . وإن أثلفها سيدها ، فعليه قيمتها ؛ لأنه أثلف حق غيره ، فأشبه مالوا تلف الرهن . وإن نقصها ، فعليه نقصها ؛ لأنه لما ضمن العين ، ضمن أجزائها . والله أعلم .

٢٠٢٢ — مسألة ؛ قال : (فإن عادت فجنّت ، فداها ، كما وصفت)

وجملته أن أم الولد إذا جنّت جنایات ، لم تخل من أن تكون الجنایات كلها قبل فداء

(٦) في ١ : « لعب » .

(٧) في ب ، م : « نقصها » .

(٨) في الأصل : « كالمرضى » . وفي ١ : « المرض » .

(٩-٩) في ب ، م : « مقدار قيمتها » .

(١٠) في الأصل : « بلغت » .

(١١) في م : « سمنها » .

شئٍ منها أو بعده^(١) ؛ فإن كانت كُلاً^(٢) قبل الفداء ، تعلق أرض الجميع برقيتها ، ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها ، أو أرض جميعها ، وعليه الأقل منهما ، ويشترك الممجنى عليهم في الواجب لهم ، فإن وقى بها ، وإلا تخاصوا فيه بقدر أرض جنائياتهم . وإن كان الثاني بعد فدائه^(٣) من الأولى ، فعليه فداؤه^(٤) من التي بعدها ، كما فدى الأولى . وقال أبو الخطاب ، عن أحمد ، رضى الله عنه ، رواية ثانية : إذا فداها بقيمتها مرة ، لم يلزمه فداؤها بعد ذلك ؛ لأنها جانية^(٥) ، فلم يلزمه أكثر من قيمتها ، كما لو لم يكن فداها . وقال الشافعي ، رضى الله عنه ، في أحد قوليه : لا يضمونها ثانياً ، ويشارك الثاني الأول فيما أخذه ، كما لو كانت الجنائيات قبل فدائها . ولنا ، أنها أم / وليد جانية ، فلزمه فداؤها ، ٢٨٤/١١ كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنائيته ، أخذ به حق ، فلم يجز أن يشاركه غيره فيه ، كأرض جناية الحر ، أو الرقيق القن ، وفارق ما قبل الفداء ؛ لأن أرض الجنائيات تعلق برقيتها في وقت واحد ، فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة ، كما لو كانت الجنائيات على واحد ..

فصل : فإن أبرأ بعضهم من حقه ، توفّر الواجب على الباقي ، إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت الجنائية المغمو عنها بعد فدائه ، توفّر أرضها على سيدها . والله أعلم .

٢٠٢٣ - مسألة ؛ قال : (ووصية الرجل لأُم ولده وإليها جائزة)

أما الوصية لها ، فقد ذكرناها . وأما الوصية إليها ، فجائزة ؛ لأنها في حال نفوذ الوصية حرة ، فأشبهت زوجته ، أو غيرها من النساء . ويُعتبر لصحة الوصية إليها ، ما يُعتبر في غيرها ؛ من العدالة ، والعقل ، وسائر الشروط . وسواء كانت الوصية على أولادها ، أو غيرهم ، أو وصى إليها بتفريق ثلثه ، أو قضاء دينه ، أو إمضاء وصيته ، أو غير ذلك .

(١) في الأصل ، ب : « بعدها » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « فدائها » .

(٤) في م : « فداؤها » .

(٥) في الأصل : « جناية » .

٢٠٢٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ تَرْوِيجُهَا ، وَإِنْ كَرِهَتْ)

وجملته أن للرجل تَرْوِيجٌ أم ولده ، أَحَبَّتْ ذلك أم كَرِهَتْ . وبهذا قال أبو حنيفة ، رَضِيَ الله عنه . وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ، واختيارُ المُرْنِيِّ . وقال في القديم : ليس له تَرْوِيجُهَا إِلَّا بِرِضَاهَا ؛ لَأَنَّهَا قَدْ ثَبَتَ لَهَا حُكْمُ الْحُرِّيَّةِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ إِبْطَالَهَا ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَرْوِيجُهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا ، كَالْمُكَاتَبَةِ . وقال في الثَّالِثِ : ليس له تَرْوِيجُهَا ، وَإِنْ رَضِيَتْ ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ فِيهَا قَدْ ضَعُفَ ، وَهِيَ لَمْ تَكْمُلْ ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَرْوِيجُهَا ، كَالْيَتِيمَةِ . وهل يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ؟ فِيهِ خِلَافٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : إِنَّ مَالِكًا لَا يَرَى تَرْوِيجُهَا . فَقَالَ : وَمَا نَصْنَعُ بِمَالِكٍ ؟ هَذَا ابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، يَقُولَانِ : إِذَا وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِهِ ، كَانَ لَوْلَدِهَا حُكْمُهَا^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهَا أُمَّةٌ يَمْلِكُ الْإِسْتِمْتَاعُ بِهَا ، وَاسْتِخْدَامُهَا ، فَمَلَكَ تَرْوِيجُهَا ، كَالْقَيْنِ ، وَفَارَقَ^(٢) الْمُكَاتَبَةَ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ مِنْهَا . وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ فَاسِدٌ ؛ لِذَلِكَ ، وَلَأنَّهُ يُفْضَى إِلَى مَنَعَ النِّكَاحِ لَامْرَأَةٍ بِالْعَةِ مُحْتَاجَةٍ إِلَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ لَا يُزَوِّجُ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ الْوَلِيِّ ، أَوْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ عَضْلِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا زَوَّجَهَا فَالْمَهْرُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ كَسْبِهَا ، وَكَسْبُهَا لَهُ . وَإِذَا عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهَا^(٣) عَتَقَتْ تَحْتَ عَقْدٍ ، وَإِنْ كَانَ حُرًّا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا .

٢٠٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ قَدَفَهَا)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ^(١) . وَلَأنَّ قَدَفَهَا قَدْفٌ لَوْلَدِهَا الْحُرُّ ، وَفِيهَا مَعْنَى يَمْنَعُ بَيْعَهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْحُرَّةَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا أُمَّةٌ ، حُكْمُهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ، فِي أَكْثَرِ أَحْكَامِهَا ، فَفِي الْحَدِّ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْحُدُودَ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَيُحْتَاطُ لِإِسْقَاطِهَا ، وَلَأنَّهَا أُمَّةٌ تَعْتِقُ

(١) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥٩٩ .

(٢) في م : « وفارقت » .

(٣) في ب ، م : « ولأنها » .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الفرية على أم الولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٣٩/٧ . وابن أبي شيبة ، في :

باب من قال : يضرب قاذف أم الولد ، من كتاب الحدود . المصنف ٥٠٧/٩ .

بالموت ، أشبهت المدبرة ، وتُفارق الحرة ، فإنَّها كاملة .

فصل : ولا يجب القصاصُ على الحرة بقتلها ؛ لعدم المكافأة . وإن كان القاتل لها رقيقاً ، وجب القصاصُ عليه ؛ لأنها أكمل منه . وإن جنت على عبد أو أمة ، جناية فيها القصاص ، لزمها القصاص ؛ لأنها أمة ، أحكامها أحكام الإمام ، واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص ، كالمدبرة .

٢٠٢٦ - مسألة ؛ قال : (وإن صلت مكشوفة الرأس ، كره لها ذلك ، وأجزأها)

إنما كره لها كشف رأسها في صلاتها ؛ لأنها قد أخذت شبهاً من الحرائر ، لا ممتناع بيعها . وقد سئل أحمد ، رضي الله عنه ، عن أم الولد كيف تُصلى ؟ قال : تُعطى رأسها وقدميها ؛ لأنها لا تُباغ . وكان الحسن يُحبُّ للأمة إذا ^(١) عهد لها سيدها - يعنى وطئها ^(٢) - أن لا تُصلى إلا مُجتمعة . وإن صلت مكشوفة الرأس ، أجزأها ؛ لأنها أمة ، حكمها حكم ^(٣) الإمام . قال إبراهيم : تُصلى أم الولد بغير قناع ، وإن كانت بنت سبّين سنة . وقد روى عن أحمد ، رضي الله عنه ، رواية أخرى ، أن عورتها عورة الحرة . وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة ^(٤) . والصحيح / أن حكمها حكم الإمام ، وإنما خالفتهن ٢٨٥/١١ و في استحقاقها للعتق ، وامتناع نقل المِلْك فيها ، وهذا لا يوجب تغيير الحكم في عورتها ، كالمدبرة ، ولأن الأصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ، ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ، ولا ما في معناه ، فيبقى الحكم على ما كان عليه .

٢٠٢٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا قتلت أم الولد سيدها ، فعليها قيمة نفسها)

وجملته أن أم الولد إذا قتلت سيدها ، عتقت ؛ لأنها لا يمكن نقل المِلْك فيها ، وقد زال ملك سيدها بقتله ، فصارت حرة ، كما لو قتل غيره ، وعليها قيمة نفسها ، إن لم يجب

(١-١) في ب : « إذا وطئها » . وسقط من : الأصل ، ١ : « يعنى وطئها » .

(٢) في الأصل ، ١ ، ب : « أحكامها » .

(٣) تقدم في ٢/٣٣١-٣٣٣ .

القصاصُ عليها . وهذا قولُ أبي يوسف . وقال الشافعي : عليها الدية ؛ لأنها تصيرُ حرَّةً . وكذلك^(١) لزمها موجبُ جنايتها ، والواجبُ على الحرِّ بقتلِ الحرِّ ديةً^(٢) . ولنا ، أنها جنايةٌ من أمِّ ولِد ، فلم يجبْ بها أكثرُ من قيمتها ، كما لو جنتْ على أجنبيٍّ ، ولأنَّ اعتبارَ الجنايةِ في حقِّ الجاني بحالِ الجنايةِ ، بدليلِ ما لو جنى على عبدٍ فأعتقه سيِّده ، وهي في حالِ الجنايةِ أمةٌ ، فإنَّها إنَّما عتقتْ بالموتِ الحاصلِ بالجنايةِ ، فيكونُ عليها فداءٌ لنفسِها بقيمتِها ، كما يفديها سيِّدها إذا قتلتْ غيره ، ولأنَّها ناقصةٌ بالرقِّ ، أشبهتِ القنَّ ، وتنفارقُ الحرَّ ؛ فإنَّه جنى وهو كاملٌ ، وإنَّما تعلَّقَ موجبُ الجنايةِ بها ؛ لأنَّها فوتتْ رِقَّها بقتْلِها لسيِّدها ، فأشبهتْ ما لو فوتتْ المكاتبُ الجاني رِقَّه بأدائه . وأما إنَّ قتلَتْ سيِّدها عمداً ، ولم يكنْ^(٣) له منها ولَدٌ ، فعليها القصاصُ لورثتهِ سيِّدها ، وإنَّ كانَ له منها ولَدٌ ، وهو الوارثُ وحده ، فلا قصاصَ عليها ؛ لأنَّها لو وجبَ ، لوجبَ لولدها ، ولا يجبُ للولِدِ على أمِّهِ قصاصٌ . وقد توقَّفَ أحمدُ ، رضيَ اللهُ عنه ، عن هذه المسألةِ ، في روايةٍ مُهنَّا ، وقال : دَعْنَا مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ . وقياسُ مذهبه / ما ذكرناه . وإنَّ كانَ لها منه ولَدٌ ، وله أولادٌ من غيرها ، لم يجبِ القصاصُ أيضاً ؛ لأنَّ حقَّ ولدها من القصاصِ يسقطُ ، فيسقطُ كلُّهُ . وقد نقلَ مُهنَّا عن أحمدَ ، رضيَ اللهُ عنه ، أنَّه يقتُلها أولادُه من غيرها . وهذه الروايةُ تُخالفُ أصولَ مذهبه . والصَّحيحُ أنَّه لا قصاصَ عليها ، ويجبُ عليها فداءٌ لنفسِها بقيمتِها ، كما لو عفا بعضُ مُستحقِّ القصاصِ عن حقه منه ، واللهُ أعلمُ .^(٤) وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ .

قال الشيخُ المُصنِّفُ لهذا الكتابِ ،^(٥) أَحْسَنَ اللَّهُ جَزَاءَهُ ، ونفعنا به ، وأجزَلَ ثَوَابَهُ ، ورزَقَهُ الْفِرْدَوْسَ الْأَعْلَى ، بِمَنِّهِ وَكَرَمِهِ ، وَجَمَعْنَا وَإِيَّاهُ فِي دَارِ كَرَامَتِهِ : هَذَا آخِرُ الْكِتَابِ ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الْعَزِيزِ الْوَهَّابِ ﴿ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ مَتَابِ ﴾^(٦) .

(١) في ب ، م : « ولذلك » .

(٢) في م : « دية » .

(٣-٣) في م : « لها منه » .

(٤-٤) سقط من : ١ . وفي م بعده : « وصلى اللهُ على محمد » . ولم يرد فيه الختام التالى .

(٥-٥) في ب : « رضى اللهُ عنه » .

(٦) سورة الرعد ٣٠ .

فهرس الجزء الرابع عشر

الصفحة

- ١٢٢ - ٥ كتاب القضاء
- ٦، ٥ فصل : والقضاء من فروض الكفايات .
- ٧، ٦ فصل : وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه .
- ٩ - ٧ فصل : والناس في القضاء على ثلاثة أضرب .
- ١٠، ٩ فصل : ويجوز للقاضي أخذ الرزق .
- ١١، ١٠ فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده .
- ١٢، ١١ فصل : وإذا أراد الإمام تولية قاض ، فإن كان... يعرف من يصلح للقضاء، ولاه، وإن لم يعرف... سأل أهل المعرفة...
- ١٨٦٤ - مسألة : (ولا يولى قاض حتى يكون بالغاً ، عاقلاً ، مسلماً ...)
- ١٧، ١٦ فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً .
- ١٨، ١٧ فصل : وينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عنف ،...

- فصل : وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ،
... و ١٨
- فصل : وإذا أولى الإمام رجلا القضاء ...
في غير بلده ... بحث عن قوم من
أهل ذلك البلد ، ليسألهم
عنه ... ١٨ - ٢٢
- فصل : وإذا جلس الحاكم في مجلسه ،
فأول ما ينظر فيه أمر
المحبوسين ... ٢٢ - ٢٤
- فصل : ثم ينظر في أمر الأوصياء ؛ ... ٢٤
- فصل : ثم ينظر في أمناء الحاكم . ٢٤ ، ٢٥
- فصل : ثم ينظر في أمر الضوال واللقطة
التي تولى الحاكم حفظها ؛ ... ٢٥
- ١٨٦٥ - مسألة : (ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو
غضبان) ٢٥ ، ٢٦
- ١٨٦٦ - مسألة : (وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله ،
شاور فيه أهل العلم والأمانة) ٢٦ - ٣٠
- فصل : والمشاورة ههنا لاستخراج
الأدلة ... ٢٨ ، ٢٩
- فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يحضر
مجلسه أهل العلم من كل
مذهب ... ٢٩
- فصل : وينبغي له أن يحضر شهوده
مجلسه . ٢٩

- فصل : وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت
الحجة ... حكم ، وإن كان فيها
ليس أمرهما بالصلح ... ٢٩ ، ٣٠
- فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في
كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا
نظر في سنة رسوله ، ... ٣٠
- ١٨٦٧ - مسألة : (ولا يحكم الحاكم بعلمه) ٣٠ - ٣٣
- فصل : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم
بالبينة والإقرار ... إذا سمعه معه
شاهدان ... ٣٣
- ١٨٦٨ - مسألة : (ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع
إليه ، إلا ما خالف نص كتاب ، أو
سنة ، أو إجماعاً) ٣٤ - ٤٣
- فصل : إذا تغير اجتهاده قبل الحكم ، فإنه
يحكم بما تغير اجتهاده إليه ... ٣٦
- فصل : وليس على الحاكم تتبع قضايا من
كان قبله ؛ ... ٣٧
- فصل : وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن
صفته . ٣٧ - ٣٩
- فصل : وإذا استعدى رجل على رجل إلى
الحاكم ، ففيه روايتان ؛ ... ٣٩ ، ٤٠
- فصل : ولا يخلو المستعدى عليه من أن
يكون حاضراً أو غائباً ؛ ... ٤٠ - ٤٢
- فصل : وإن استعدى على الحاكم
المعزول ، لم يُعده حتى يعرف ما
يدعيه ... ٤٢

- فصل : وإن ادعى على شاهدين أنهما
 ٤٣ ، ٤٢ شهدا عليه زورا، أحضرهما، ...
 ١٨٦٩ - مسألة: (وإذا شهد عنده من لا يعرفه ، سأل
 عنه، فإن عدله اثنان، قبل شهادته) ٤٣ - ٤٧
 فصل : قال القاضي : ولا بد من معرفة
 ٤٦ إسلام الشاهد ، ...
 فصل : وإذا شهد عند الحاكم مجهول
 الحال ، فقال المشهود عليه : هو
 عدل . ففيه وجهان ؛ ... ٤٦ ، ٤٧
 ١٨٧٠ - مسألة: (وإن عدله اثنان ، وجرحه اثنان ،
 فالجرحه أولى) ٤٧ - ٥٢
 فصل : ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من
 ٤٧ ، ٤٨ اثنين .
 فصل : ولا يكفي أن يقول : لا أعلم منه
 ٤٨ إلا الخير .
 فصل : ... لا يقبل التعديل إلا من أهل
 الخبرة الباطنة ، والمعرفة
 ٤٨ ، ٤٩ المتقدمة .
 فصل : ولا يسمع الجرح إلا مفسراً . ٤٩ ، ٥٠
 فصل : وإذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين
 ٥٠ الشاهدين شهدا ...
 فصل : ولا يقبل الجرح والتعديل من
 ٥٠ النساء .
 فصل : ولا يقبل الجرح من الخصم . ٥٠ ، ٥١
 فصل : ولا تقبل شهادة المتوسمين . ٥١

- فصل : قال أحمد : ينبغي للقاضي أن
 ٥١ يسأل عن شهوده كل قليل ؛ ...
 فصل : وليس للحاكم أن يرتب شهودا لا
 ٥١ يقبل غيرهم ؛ ...
 فصل : ولا بأس أن يعظ الشاهدين . ٥١ ، ٥٢
 ١٨٧١ - مسألة : (ويكون كاتبه عدلا ، وكذلك
 قاسمه) ٥٢ - ٥٨
 فصل : وإذا اترافع إلى الحاكم خصمان ...
 فقال المقرر له للحاكم : أشهد لي
 على إقراره شاهدين . لزمه
 ٥٣ - ٥٦ ذلك ؛ ...
 فصل : وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء
 برسم الكاغد الذي يكتب فيه
 المحاضر والسجلات ؛ ... ٥٦ ، ٥٧
 فصل : وإذا ارتفع إليه خصمان ، فذكر
 أحدهما أن حجته في ديوان
 ٥٧ الحكم ، فأخرجها الحاكم ...
 فصل : فإن ادعى رجل على الحاكم ، أنك
 حكمت لي بهذا الحق ... فذكر
 ٥٧ ، ٥٨ الحاكم حكمه ، أمضاه .
 ١٨٧٢ - مسألة : (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل
 ولايته) ٥٨ - ٦٢
 فصل : فأما الرشوة في الحكم ، ورشوة
 ٥٩ ، ٦٠ العامل ، فحرام بلا خلاف .

- فصل : ولا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع
والشراء بنفسه ؟ ... ٦٠ ، ٦١
- فصل : ويجوز للحاكم حضور الولائم . ٦١
- فصل : وله عيادة المرضى ، وشهود
الجنائز ، و... ٦١ ، ٦٢
- ١٨٧٣ - مسألة : (ويعدل بين الخصمين في الدخول
عليه ، والمجلس ، والخطاب) ٦٢ - ٧٣
- فصل : وإذا حضر القاضي خصوم
كثيرة ، قدم الأول فالأول . ٦٥ ، ٦٦
- فصل : فإن حضر مسافرون ومقيمون ،
وكان المسافرون قليلا ...
قدمهم . ٦٦
- فصل : وإذا تقدم إليه خصمان ، فإن شاء
قال : من المدعى منكما ؟ ... ٦٦ ، ٦٧
- فصل : ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا
محبرة ، إلا في الوصية
والإقرار ؛ ... ٦٧ - ٦٩
- فصل : إذا حرر المدعى دعواه ، فللحاكم
أن يسأل خصمه الجواب ... ٦٩ - ٧٣
- ١٨٧٤ - مسألة : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ،
فكتب بإفناذ القضاء عليه إلى قاضي
ذلك البلد ، قبل كتابه ...) ٧٣ - ٧٩
- فصل : وإذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو
إقرار بدين ، جاز ... ٧٦ ، ٧٧
- فصل : ومتى استوفى الحق من المحكوم

- عليه ، فقال للحاكم عليه :
اكتب لي محضرا بما جرى ؟ ...
٧٧ ففيه وجهان ؟ ...
- فصل : ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى
٧٨ ، ٧٧ قاضى مصر ، ...
- فصل : وصفة الكتاب : بسم الله الرحمن
٧٩ ، ٧٨ الرحيم ...
- ١٨٧٥ - مسألة : (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين
٨٤ - ٧٩ يقولان : قرأه علينا ، أو ...)
- ٨٤ - ٨٢ فصل : في تغيير حال القاضى ...
- ١٨٧٦ - مسألة : (ولا تقبل الترجمة عن أعجمى حاكم
إليه ، إذا لم يعرف لسانه ، إلا من
٨٥ ، ٨٤ عدلين يعرفان لسانه)
- فصل : والحكم في التعريف ، والرسالة ،
٨٥ و... ، كالحكم في الترجمة ...
- ١٨٧٧ - مسألة : (وإذا عزل فقال : كنت حكمت في
ولايتى لفلان على فلان بحق . قبل
٩٣ - ٨٥ قوله ...)
- فصل : فأما إن قال في ولايته : كنت
حكمت لفلان بكذا . قبل
٨٧ ، ٨٦ قوله ...
- فصل : وإذا أخبر القاضى بحكمه في غير
٨٧ موضع ولايته ...
- فصل : وإذا ولى الإمام قاضيا ، ثم مات ،
٨٨ ، ٨٧ لم ينعزل ؟ ...
- فصل : وللإمام تولية القضاء في بلده
٨٩ ، ٨٨ وغيره ؟ ...

- فصل : ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر
 ٨٩ ، ٩٠ ... في خصوص العمل
- فصل : وإذا قال الإمام : من نظر في
 الحكم من فلان وفلان ، فقد
 ٩٠ وليته . لم تنعقد الولاية ...
- فصل : ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد
 ٩١ على أن يحكم بمذهب بعينه .
- فصل : وإن فوض الإمام إلى إنسان تولية
 ٩١ القضاء ، جاز ؛ ...
- فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما
 ٩١ ، ٩٢ لا يجوز أن يشهد لنفسه ...
- فصل : وإذا تحاكم رجلان إلى رجل ...
 وكان ممن يصلح للقضاء ...
 ٩٢ ، ٩٣ جاز ذلك ...
- فصل : قال القاضي : وينفذ حكم من
 حكّماه في جميع الأحكام إلا
 ٩٣ أربعة أشياء ...
- ١٨٧٨ - مسألة : (ويجزم على الغائب ، إذا صح الحق
 ٩٣ - ٩٧ عليه)
- فصل : ولا يقضى على الغائب إلا في
 ٩٥ حقوق الآدميين .
- فصل : وإذا قامت البينة على غائب ،
 أو ... لم يستحلف المدعى مع
 ٩٥ بينته ...
- فصل : إذا قضى على الغائب بعين ،
 ٩٦ سلمت إلى المدعى ...

- فصل : فأما الحاضر في البلد ، أو قريب
منه ... فلا يقضى عليه قبل
حضوره ... ٩٦ ، ٩٧
- ١٨٧٩ - مسألة : (وإذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه ،
فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه ، ...) ٩٧ - ١٠١
- فصل : وتجاوز قسمة المكيلات
والموزونات ... ٩٨ ، ٩٩
- فصل : فإن كان بينهما ثياب ، أو
حيوان ، أو ... فاتفقا على
قسمتها ، جاز ... ٩٩ ، ١٠٠
- فصل : والقسمة إفراز حق ... ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا
كان متبرعا ... ١٠١
- ١٨٨٠ - مسألة : (ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته ،
فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ...) ١٠١ - ١١١
- فصل : إذا كان داريين اثنين سفلها
وعلوها ، فإذا طلبا قسمها ؛
نظرت ... ١٠٥ ، ١٠٦
- فصل : وإذا كان بينهما دار ، أو ... ،
فطلب أحدهما قسمة ذلك ، ولا
ضرر في قسمته ، أجبر الممتنع
على القسمة ، ... ١٠٦ ، ١٠٧
- فصل : وإن كانت بينهما أرض واحدة
يمكن قسمتها ، وتحقق بها
الشروط ... أجبر الممتنع على
قسمتها . ١٠٧ - ١٠٩

- فصل : وإذا كان في الأرض زرع ،
فطلب أحدهما قسمتها دون
الزرع ، أجبر الممتنع ؛ ... ١١٠ ، ١٠٩
- فصل : إذا كانت بينهما أرض قيمتها
مائة ، في أحد جانبيها بئر قيمتها
مائة ، ... ١١٠ ، ١١١
- ١٨٨١ - مسألة : (وإذا قسم ، طرحت السهام ، فيصير
لكل واحد ما وقع سهمه عليه ، إلا
أن يتراضيا ...) ١١١ - ١٢٢
- فصل : ويجوز للشريكين أن يقتسما
بأنفسهما ، وأن ... ١١٤
- فصل : وعلى الإمام أن يرزق القاسم من
بيت المال ؛ ... ١١٤ ، ١١٥
- فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان
أحدهما الطالب لها . ١١٥
- فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا في
القسمة ... نظرت ... ١١٥ ، ١١٦
- فصل : إذا اقتسم الشريكان شيئا ، فبان
بعضه مستحقا ؛ نظرت ... ١١٦ ، ١١٧
- فصل : وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب
لم يعلمه قبل القسمة ، فله فسخ
القسمة أو ... ١١٧
- فصل : وإذا اقتسما دارين ، ... أو ...
أرضين فبنى أحدهما في
نصيبه ... ثم استحق نصيبه ...

- فإنه يرجع على شريكه بنصف .
 البناء ... ١١٧ ، ١١٨
 فصل : وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ، ثم
 بان عليه دين لا وفاء له إلا مما
 اقتسموه ، لم تبطل القسمة ؛ ... ١١٨ ، ١١٩
 فصل : وإذا طلب أحد الشريكين من
 الآخر المهايأة من غير قسمة ... لم
 يجبر الممتنع منهما . ١١٩
 فصل : قال أحمد ، في قوم اقتسموا دارا ،
 وحصل لبعضهم فيها زيادة
 أذرع ، ولبعضهم نقصان ، ... ١٢٠ ، ١٢١
 فصل : قال : وللأب والوصى قسمة مال
 الصغير مع شريكه ، ... ١٢١
 فصل : ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية
 الإمام ... ١٢١ ، ١٢٢
 فصل : ويوصى الوكلاء والأعوان على
 بابه بتقوى الله تعالى ، و ... ١٢٢
 فصل : قال ابن المنذر : يكره للقاضي أن
 يفتى في الأحكام . ١٢٢
 ١٢٣ - ٢١٢ **كتاب الشهادات**
 فصل : وتحمل الشهادة وأداؤها فرض
 على الكفاية ؛ ... ١٢٤ ، ١٢٥
 ١٨٨٢ - مسألة : (ولا يقبل في الزنى إلا أربعة رجال
 عدول أحرار مسلمين) ١٢٥ ، ١٢٦
 فصل : وفي الإقرار بالزنى روايتان ... ١٢٦

- ١٨٨٣ - مسألة: (ولا يقبل فيما سوى الأموال ، مما يطلع عليه الرجال ، أقل من رجلين) ١٢٦ - ١٢٩
- فصل : وقد نقل عن أحمد ... في الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة ؛ ... ١٢٨
- فصل : ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، ... ١٢٨ ، ١٢٩
- ١٨٨٤ - مسألة: (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ، ورجل عدل مع يمين الطالب) ١٢٩ - ١٣٤
- فصل : وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : قال القاضي : يجوز أن يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه ؛ ... ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : وكل موضع قبل فيه الشهادة بالشاهد واليمين ، فلا فرق بين كون المدعى مسلماً أو كافراً ، ... ١٣٢
- فصل : قال أحمد : مضت السنة أن يُقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، ... ١٣٢
- فصل : ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى . ١٣٢
- فصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه ، وأقام بذلك شاهداً ، وحلف معه ، أو ... ١٣٣ ، ١٣٤

- فصل : ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده ... وأقام بذلك شاهدا وامرأتين ، أو ... حكم له بالجارية ؛... ١٣٤
- فصل : وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته ، فأنكرته ، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين ، أو ... ١٣٤
- ١٨٨٥ - مسألة : (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال ، مثل الرضاع ، و... ، شهادة امرأة عدل) ١٣٤ - ١٣٧
- فصل : إذا ثبت هذا ، فكل موضع قلنا : تقبل فيه شهادة النساء المنفردات ؛ فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تقبل شهادته وحده ؛... ١٣٧
- ١٨٨٦ - مسألة : (ومن لزمته الشهادة ، فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد ، لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك) ١٣٧ ، ١٣٨
- فصل : ومن له كفاية ، فليس له أخذ الجعل على الشهادة ؛... ١٣٧ ، ١٣٨
- ١٨٨٧ - مسألة : (وما أدركه من الفعل نظرا ، أو سمعه تيقنا ، وإن لم ير المشهود عليه ، شهد به) ١٣٨ - ١٤١

- فصل : إذا عرف المشهود عليه
باسمه وعينه ونسبه ، جاز أن
يشهد عليه ... ١٣٩
- فصل : والمرأة كالرجل في أنه إذا
عرفها ... ١٣٩ ، ١٤٠
- فصل : إذا عرف الشاهد خطه ، ولم
يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز أن
يشهد له ؟ فيه روايتان ؛ ... ١٤٠ ، ١٤١
- ١٨٨٨ - مسألة : (وما تظاهرت به الأخبار ، واستقرت
معرفته في قلبه ، شهد به ...) ١٤١ - ١٤٥
- فصل : فإن كان في يد رجل دار ...
يتصرف فيها تصرف الملاك ...
فقال أبو عبد الله ابن حامد : يجوز
أن يشهد له بملكها . ١٤٣ ، ١٤٤
- فصل : إذا سمع رجلا يقول لصبي : هذا
ابني . جاز أن يشهد به ؛ ... ١٤٤
- فصل : إذا شهد عدلان أن فلانا مات ،
وخلف من الورثة فلانا وفلانا ،
لا نعلم له وارثا غيرهما ، قبلت
شهادتهما . ١٤٥
- ١٨٨٩ - مسألة : (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلاً ،
مسلمًا ، بالغًا ، عدلاً ، لم تجز شهادته) ١٤٥ - ١٥٠
- فصل : شهادة البدوي على من هو من أهل
القرية ... صحيحة ... ١٤٩ ، ١٥٠
- ١٨٩٠ - مسألة : (العدل من لم تظهر منه ريبة ...) ١٥٠ - ١٧٠
- فصل : في اللعب : كل لعب فيه قمار ،
فهو محرم ... ١٥٤

الصفحة

- فصل : أما الشطرنج فهو كالنرد في
التحريم ... ١٥٥ ، ١٥٦
- فصل : اللاعب بالحمام يطيرها ، لا
شهادة له . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : المسابقة المشروعة ، بالخيول
وغيرها من الحيوانات ...
١٥٧ . مباح
- فصل : في الملاهي : وهي على ثلاثة
أضرب ... ١٥٧ - ١٦٠
- فصل : اختلف أصحابنا في الغناء ...
١٦٠ - ١٦٢
- فصل : أما الحداء ، وهو الغناء الذي
تساق به الإبل ، فمباح ... ١٦٢
- فصل : الشعر كالكلام ، حسنه كحسنة
وقيحه كقبيحه ... ١٦٢ - ١٦٦
- فصل : في قراءة القرآن بالألحان ...
١٦٦ - ١٦٩
- فصل : لا تقبل شهادة الطفيلي ...
١٦٩ ، ١٧٠
- فصل : من فعل شيئاً من الفروع مختلفاً
فيه ، معتقداً بإباحته لم ترد
شهادته ... ١٧٠
- ١٨٩١ - مسألة : (تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب ،
في الوصية في السفر ، إذا لم يكن
غيرهم) ١٧٠ - ١٧٣
- ١٨٩٢ - مسألة : (لا تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب
في غير ذلك) ١٧٣ ، ١٧٤
- ١٨٩٣ - مسألة : (لا تقبل شهادة خصم ، ولا جارٍ إلى
نفسه ، ولا دافع عنها) ١٧٤ - ١٧٨

- فصل : إن شهد على رجل بحق ، فقدفه
المشهود عليه ، لم ترد شهادته
بذلك . ١٧٥ - ١٧٨
- فصل : إن شهد الشريك لشريكه في غير
ما هو شريك فيه ... ١٧٨
- ١٨٩٤ - مسألة : (لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط
والغفلة) ١٧٨
- ١٨٩٥ - مسألة : (وتجوز شهادة الأعمى ، إذا تيقن
الصوت) ١٧٨ - ١٨١
- فصل : إن تحمل الشهادة على فعل ، ثم
عمى ، جاز أن يشهد به . ١٨٠
- فصل : لا تجوز شهادة الأخرس بحال . ١٨٠ ، ١٨١
- ١٨٩٦ - مسألة : (لا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا ،
للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد
وإن سفل ، لهما وإن علوا) ١٨١ - ١٨٣
- فصل : شهادة أحد الوالدين على صاحبه
تقبل ... ١٨٢
- فصل : إن شهد اثنان بطلاق ضرّة أمهما
أو ... قبلت شهادتهما ، ... ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : تجوز شهادة الرجل لابنه من
الرضاعة ، ... ١٨٣
- ١٨٩٧ - مسألة : (ولا السيد لعبده ، ولا العبد لسيد) ١٨٣
- ١٨٩٨ - مسألة : (ولا الزوج لامرأته ، ولا المرأة
لزوجها) ١٨٣ ، ١٨٤
- ١٨٩٩ - مسألة : (وشهادة الأخ لأخيه جائزة) ١٨٤ ، ١٨٥
- فصل : شهادة العم وابنه ، والخال وابنه ،
وسائر الأقارب أولى بالجواز ... ١٨٥

- فصل : تقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه ... ١٨٥
- ١٩٠٠ - مسألة: (تجوز شهادة العبد في كل شيء ، إلا في الحدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء) ١٨٥ - ١٨٧
- الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛
- أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ... ١٨٥ ، ١٨٦
- الفصل الثاني : أن شهادة العبد لا تقبل في الحد ... ١٨٧
- الفصل الثالث : أن شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء ... ١٨٧
- فصل : حكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن ... ١٨٧
- ١٩٠١ - مسألة: (وشهادة ولد الزنى جائزة ، في الزنى وغيره) ١٨٧ ، ١٨٨
- ١٩٠٢ - مسألة: (إذا تاب القاذف ، قبلت شهادته) ١٨٨ - ١٩١
- فصل : القاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ... ١٩١
- ١٩٠٣ - مسألة: (وتوبته أن يكذب نفسه) ١٩١ - ١٩٥
- فصل : وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه ... ١٩٢ - ١٩٤
- فصل : لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من

- قبول الشهادة ، وصحة ولايته
- ١٩٤ ... في النكاح، إصلاح العمل ... ١٩٤
- ١٩٠٤ - مسألة: (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل ، وردت عليه ، لم تقبل منه في حال عدالته) ١٩٥ - ١٩٧
- فصل : إن شهد السيد لمكاتبه ، فردت شهادته ، أو ... ثم عتق المكاتب ، و ... وأعادوا تلك الشهادة ، ففي قبولها وجهان، ... ١٩٦ ، ١٩٧
- ١٩٠٥ - مسألة: (إن كان لم يشهد بها عند الحاكم ، حتى صار عدلا ، قبلت منه) ١٩٧
- ١٩٠٦ - مسألة: (ولو شهد وهو عدل ، فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز شهادته معه ، لم يحكم بها) ١٩٧ - ١٩٩
- فصل : أما إن أدى الشاهدان الشهادة وهما من أهلها ، ثم ماتا قبل الحكم بها ، حكم الحاكم بشهادتهما ... ١٩٨ ، ١٩٩
- ١٩٠٧ - مسألة: (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء ، إلا في الحدود ، إذا كان الشاهد الأول ميتا أو غائبا) ١٩٩ - ٢٠٧
- الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛ ١٩٩ - ٢٠٤
- الأول : أن الشهادة على الشهادة جائزة .. ١٩٩

- الفصل الثاني : أن الشهادة تقبل في الأموال ... ١٩٩
- ✓ الفصل الثالث : في شروطها ... ٢٠٠ - ٢٠٤
- فصل : أما كيفية الأداء إذا كان قد استدعاه الشهادة ، ... ٢٠٤
- فصل : اختلفت الرواية في شرط خامس ، وهو الذكورية في شهود الفروع ٢٠٤ ، ٢٠٥
- فصل : يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ... ٢٠٥ - ٢٠٧
- فصل : إن شهد بالحق شاهداً أصل وشاهداً فرع ... ٢٠٧
- ١٩٠٨ - مسألة : (ويشهد الشاهد على من سمعه يقر بحق ، وإن لم يقل للشاهد : اشهد على) ٢٠٧ - ٢١١
- فصل : لو حضر شاهدان حساباً بين اثنين ، شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً ، ... ٢٠٩
- فصل : الحقوق على ضريين ؛ حق لآدمي ... ٢٠٩ ، ٢١٠
- فصل : من كانت عنده شهادة لآدمي لم يخل ؛ إما أن يكون عالماً بها ... ٢١٠ ، ٢١١
- فصل : ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها . ٢١١
- ١٩٠٩ - مسألة : (وتجاوز شهادة المستخفي ، إذا كان عدلاً) ٢١١ ، ٢١٢

٢٧٤ - ٢١٣

كتاب الأقضية

١٩١٠ - مسألة: (إذا هلك رجل ، وخلف ولدين

ومائتي درهم ، فأقر أحدهما بمائة

٢١٣ ، ٢١٤ (درهم دينًا على أبيه لأجنبي ...)

فصل : لو ثبت لرجل على رجل دين

٢١٤ بينة ...

١٩١١ - مسألة: (لو هلك رجل عن ابنين ، وله حق

بشاهد، وعليه من الدين ما يستغرق

٢١٤ - ٢٢٠ ميراثه ، ...

فصل : إن حلف أحد الابنين مع الشاهد،

٢١٥ لم يثبت من الدين إلا قدر حصته .

فصل : تركه الميت يثبت الملك فيها

٢١٥ - ٢١٧ لورثته ، ...

فصل : إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين ،

فادعى البنون أن أباهم وقف داره

٢١٧ - ٢٢٠ عليهم ...

١٩١٢ - مسألة: (ومن ادعى دعوى ، وذكر أن بينته

بالعدمه ، فحلف المدعى عليه ، ثم

أحضر المدعى عليه بينته ، حكم

٢٢٠ ، ٢٢١ بها ، ...)

فصل : إن طلب المدعى حبس المدعى

٢٢١ عليه ... إلى أن تحضر بينته ...

فصل : لو أقام المدعى شاهداً واحداً ، ولم

يحلف معه ، وطلب يمين المدعى

٢٢١ عليه ، أحلف له ...

- ١٩١٣ - مسألة: (واليمين التي يبرأ بها المطلوب ، هي اليمين بالله ...)
٢٢٢ - ٢٢٤
- فصل : تشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ...
٢٢٣ ، ٢٢٤
- ١٩١٤ - مسألة: (إلا أنه إن كان يهوديا ، قيل له : قل والله الذي أنزل التوراة على موسى ...)
٢٢٤ - ٢٢٨
- فصل : قال ابن المنذر : لم نجد أحدا يوجب اليمين بالمصحف .
٢٢٧
- ١٩١٥ - مسألة: (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ، ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)
٢٢٨ - ٢٣٨
- فصل : من باع سلعة فظهر المشتري على عيب بها ، وأنكره البائع ، هل اليمين على البتات أو على علمه ؟
٢٢٩ - ٢٣١
- فصل : من توجهت عليه يمين هو فيها صادق ... أبيع له الحلف .
٢٢٩ - ٢٣١
- فصل : أما الحلف الكاذب ليقطع به مال أخيه ، ففيه إثم كبير .
٢٣١ ، ٢٣٢
- فصل : من ادعى عليه دين وهو معسر به ، لم يحل له أن يحلف أنه لاحق له علئ .
٢٣٢
- فصل : يمين الحالف على حسب جوابه، ...
٢٣٢
- فصل : لا تدخل اليمين النيابة ، ...
٢٣٣
- فصل : إذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، ...
٢٣٣ - ٢٣٥

- فصل : إذا حلف ، فقال : إن شاء الله تعالى ، ... ، ٢٣٥ ، ٢٣٦
- فصل : لو ادعى على رجل ديناً ، أو حلفاً ، فقال : قد أبرأتني منه ... ٢٣٦
- فالقول قول من ينكر ... ٢٣٦
- فصل : الحقوق على ضربين ؛ ما هو حق لآدمي ، ... ، ٢٣٦ - ٢٣٨
- ١٩١٦ - مسألة : (إذا شهد من الأربعة اثنان ، أن هذا زنى بها في هذا البيت ، وشهد الآخر أن زنى بها في البيت الآخر فالأربعة قذفة ، وعليهم الحد) ٢٣٨ - ٢٤٤
- فصل : كذلك كل شهادة على فعلين ، ... ، ٢٣٩
- فصل : متى كانت الشهادة على فعل ، فاختلف الشاهدان في زمنه ... ٢٣٩ - ٢٤١
- فصل : أما الشهادة على الإقرار ، ... [إذا اختلفت] ٢٤١
- فصل : إن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر أنه باع اليوم ، ... ٢٤٢
- فصل : وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيها كالحكم في البيع . ٢٤٢
- فصل : إن شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه ... ٢٤٢ ، ٢٤٣
- فصل : من شهد بالنكاح ، فلا بد من ذكر شروطه ، ... ٢٤٣ ، ٢٤٤

- ١٩١٧ - مسألة: (ولو جاء أربعة متفرقون ، والحاكم جالس في مجلس حكمه ، لم يقيم قبل شهادتهم . وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم ، كانوا قذفة ، وعليهم الحد) ٢٤٤
- ١٩١٨ - مسألة: (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ، ثم رجعا ، فقالا : عمدنا . اقتص منهما ، وإن قالوا : أخطأنا . غرما الدية ، أو أورش الجرح) ٢٤٤ - ٢٤٨
- فصل : إن رجع أحد الشاهدين وحده ، ... ٢٤٨
- ١٩١٩ - مسألة: (إن كانت شهادتهما بمال ، غرماه ، ولم يرجع به على المحكوم له به ...) ٢٤٨ ، ٢٤٩
- ١٩٢٠ - مسألة: (إن كان المحكوم به عبدا أو أمة ، غرما قيمته) ٢٤٩ - ٢٥٦
- فصل : إن شهدا بطلاق امرأة تبين به ، ... ٢٤٩ ، ٢٥٠
- فصل : إن شهدا على امرأة بنكاح ، فحكم الحاكم به ، ثم رجعا ... ٢٥١
- فصل : إن شهدا بكتابة عبده ، ثم رجعا ... ٢٥١
- فصل : كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، فإنه يوزع بينهم على عددهم ، ... ٢٥١ - ٢٥٣

- فصل : إذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ، ثم رجعوا عن الشهادة ، توزع الضمان عليهم ... ٢٥٣
- فصل : إذا شهد أربعة بأربعمائة ،... ثم رجع واحد عن مائة ... ٢٥٣
- فصل : إذا شهد أربعة بالزنى ، واثنان بالإحصان ، فرجم ، ثم رجعوا عن الشهادة ... ٢٥٤ ، ٢٥٣
- فصل : إذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم ،... ثم رجعا ... ٢٥٤
- فصل : إذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة ،... وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعوا ... ٢٥٤
- فصل : إذا شهد شاهدان على شاهد أصلي ، ثم رجع الشاهد الفرع ... ٢٥٥
- فصل : إذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ... ٢٥٥
- فصل : إذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم ،... ٢٥٥ ، ٢٥٦
- ١٩٢١ - مسألة : (إذا قطع الحاكم يد السارق ، بشهادة اثنين ، ثم بان أنهما كافران ، أو فاسقان ، كانت دية اليد في بيت المال) ٢٥٦ - ٢٦٠

- فصل : إن شهد بالزنى أربعة فزكاهم
اثنان ، فرجم المشهود عليه ، ثم
٢٥٨ ، ٢٥٧ بان أن الشهود فسقة ...
- فصل : لو جلد الإمام إنسانا بشهادة ، ثم
٢٥٨ بان أنهم فسقة ...
- فصل : لو حكم الحاكم بمال بشهادة
شاهدين ، ثم بان أنهما
٢٥٨ - ٢٦٠ فاسقان ...
- ١٩٢٢ - مسألة : (إذا ادعى العبد أن سيده أعنته ،
٢٦٠ حلف مع شاهده ، وصار حرا)
- ١٩٢٣ - مسألة : (ومن شهد بشهادة زور ، أدب ، وأقيم
في المواضع التي يشتهر أنه شاهد
٢٦٠ - ٢٦٤ زور ، إذا تحقق تعمد له لذلك)
- فصل : متى علم أن الشاهدين شهدا
بالزور ، تبين أن الحكم كان
٢٦٣ ، ٢٦٤ باطلا ...
- فصل : إذا تاب شاهد الزور ، وأتت على
ذلك مدة ... ، قبلت شهادته .
٢٦٤
- ١٩٢٤ - مسألة : (إذا غير العدل شهادته بحضرة
الحاكم ، ... قبلت منه ، ما لم يحكم
٢٦٤ ، ٢٦٥ بشهادته)
- فصل : إن شهد بألف ، ثم قال قبل
الحكم : قضاه منه خمسمائة .
٢٦٥ فسدت شهادته .
- ١٩٢٥ - مسألة : (وإذا شهد بألف ، وآخر بخمسمائة ،
٢٦٥ - ٢٦٨ حكم لمدعى الألف بخمسمائة ...)

- فصل : إن شهد له شاهدان بألف ،
وشاهدان بخمسائة ، ولم
تختلف الأسباب والصفات ... ٢٦٦ ، ٢٦٧
- فصل : إن شهد له شاهد ، أنه باعه هذا
العبد بألف ، وشهد آخر أنه باعه
إياه بخمسائة ، لم تكمل
البينة ... ٢٦٧ ، ٢٦٨
- فصل : إن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا
قيمته درهمان ، وشهد آخر أن
قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا
عليه ... ٢٦٧ ، ٢٦٨
- ١٩٢٦ - مسألة : (ومن ادعى شهادة عدل ، فأنكر أن
تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك
وقال : كنت أنسيتها . قبلت منه) ٢٦٨
- ١٩٢٧ - مسألة : (ومن شهد بشهادة ، يجزئ إلى نفسه
بعضها ، بطلت شهادته في الكل) ٢٦٩
- ١٩٢٨ - مسألة : (إذا مات رجل ، وخلف ابنا ، وألف
درهم ، فادعى رجل على الميت ألف
درهم ، وصدقه الابن ، وادعى
آخر مثل ذلك ، وصدقه الابن ؛
فإن كان في مجلس واحد ، كانت
الألف بينهما ، وإن كان في مجلسين
كانت الألف للأول ، ولا شيء
للثاني) ٢٦٩ - ٢٧١
- فصل : إن مات وترك ألفا ، فأقر به ابنه
لرجل ، ثم أقر به لغيره ... ٢٧٠ ، ٢٧١

- ١٩٢٩ - مسألة: (ومن ادعى دعوى على مريض ،
فأومأ برأسه ، أى : نعم . لم يحكم
بها حتى يقول بلسانه) ٢٧١
- ١٩٣٠ - مسألة: (ومن ادعى دعوى ، وقال : لا بينة
لى . ثم أتى بعد ذلك ببينة ، لم
تقبل ؛ ...) ٢٧٢ ، ٢٧١
- فصل : إذا قال : ما أعلم بينة . ثم أتى بعد
ذلك ببينة ، ... ٢٧٢
- ١٩٣١ - مسألة: (إذا شهد الوصى على من هو موصى
عليهم ، قبلت شهادته . وإن شهد
لهم ، لم يقبل إذا كانوا فى حجره) ٢٧٣ ، ٢٧٢
- ١٩٣٢ - مسألة: (إذا شهد من يخنق فى الأحيان ، قبل
شهادته فى إفاقة) ٢٧٣
- ١٩٣٣ - مسألة: (تقبل شهادة الطبيب فى الموضحة ، إذا
لم يقدر على طبيين ، وكذلك البيطار
فى داء الدابة) ٢٧٣ - ٢٧٥
- فصل : إذا قال : أشهد على مائة درهم
ومائة درهم ومائة درهم . فشهد
على مائة دون مائة ... ٢٧٤
- فصل : إذا شهد بألف درهم ومائة
دينار ، فله من دراهم ذلك البلد
ودنانيره . ٢٧٤
- كتاب الدعاوى والبيانات ٢٧٥ - ٣٤٣
- ١٩٣٤ - مسألة: (من ادعى زوجية امرأة ، فأنكرته ،
ولم تكن له بينة ، فرق بينهما ، ولم
يُحْلَفْ) ٢٧٥ - ٢٧٩

- فصل : إذا ادعى رجل نكاح امرأة ،
٢٧٧ ، ٢٧٦ احتاج إلى ذكر شرائط النكاح .
- فصل : إن ادعت المرأة النكاح على
زوجها ، وذكرت معه حقاً من
٢٧٨ ، ٢٧٧ حقوق النكاح ...
- فصل : أما سائر العقود غير النكاح ... ،
٢٧٩ ، ٢٧٨ فلا يفتقر إلى الكشف ...
- ١٩٣٥ - مسألة : (من ادعى دابة في يد رجل ، فأنكر ،
وأقام كل واحد منهما بينة ، حكم بها
للمدعى ببيته ، ولم يلتفت إلى بينة
المدعى عليه ، ... وسواء شهدت
بينة المدعى عليه أنها له ، أو قالت :
ولدت في ملكه)
٢٧٩ - ٢٨٥
- فصل : أي البينتين قدمناها ، لم يحلف
صاحبها معها .
٢٨١
- فصل : إن كانت البينة لأحدهما دون
الآخر ، ... ،
٢٨١ ، ٢٨٢
- فصل : إن ادعى الخارج أن الدابة
ملكه ، ... ولم يكن لواحد منهما
٢٨٢ بينة ...
- فصل : إن كان في يد رجل جلد شاة
مسلوخة ، ورأسها ... في يد
آخر ، فادعاهما كل واحد منهما
كلها ...
٢٨٢ ، ٢٨٣
- ٧ - فصل : إن كان في يد كل واحد منهما
شاة ، فادعى كل واحد منهما أن

الصفحة

- ٢٨٣ الشاة التي في يد صاحبه له...
فصل : إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو ،
٢٨٤ ، ٢٨٣ وأقام بها بينة ، ...
فصل : إذا كان في يد رجل شاة ، فادعاها
٢٨٥ ، ٢٨٤ رجل أنها له منذ سنة ، ...
١٩٣٦ - مسألة : (لو كانت الدابة في أيديهما ، فأقام
أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر
البينة أنها له ، ... سقطت البينتان
و... وكانت اليمين لكل واحد منهما
على صاحبه في النصف المحكوم له به) ٢٨٥ - ٢٩٣
فصل : إن شهدت إحداها أنها له منذ
سنة ، وشهدت الأخرى أنها له
منذ سنتين ، ... ٢٨٧
فصل : ولا ترجع إحدى البينتين بكثرة
العدد ، ... ٢٨٧ ، ٢٨٨
فصل : إذا كان في أيديهما دار ، فادعاها
أحدهما كلها ، وادعى الآخر
نصفها ... ٢٨٨ ، ٢٨٩
فصل : إن كانت دار في يد ثلاثة ، ادعى
أحدهم نصفها ... ٢٨٩
فصل : إن ادعى أحدهم جميعها ،
والآخر نصفها ، والآخر
ثلثها ... ٢٨٩ ، ٢٩١
فصل : إن كانت الدار في أيدي أربعة ،
فادعى أحدهم جميعها ، ... ٢٩٢ ، ٢٩٣

- ١٩٣٧ - مسألة: (لو كانت الدابة في يد غيرهما، واعترف أنه لا يملكها، وأنها لأحدهما لا يعرف عينه، قرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وسلمت إليه) ٢٩٣ - ٣١٠
- ٧- فصل : إن أنكرها من العين في يده ، وكانت لأحدهما بينة ، حكم له بها ... ٢٩٥
- فصل : إن تداعيا عينا في يد غيرهما ، فقال : هي لأحدهما لا أعرفه عينا ... ٢٩٥ ، ٢٩٦
- فصل : إذا كان في يد رجل دار ، فادعاهما نفسان ، ... ٢٩٦
- فصل : نقل ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل أخذ من رجلين ثوبين ، أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ... ٢٩٦
- فصل : إذا تداعيا عينا ، فقال كل واحد منهما : هذه العين لي ، اشتريتها من زيد بمائة ... ولا بينة لواحد منهما ... ٢٩٧ ، ٢٩٨
- فصل : إن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة ، وهي ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو ، وهي ملكه ... ٢٩٨ ، ٢٩٩

- فصل : لو كان في يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان ، كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه ، وأقاما بذلك بينة ... ٢٩٩
- فصل : إن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف ، ... واتفق تاريخهما ... ٢٩٩ ، ٣٠٠
- فصل : إذا مات رجل ، فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت ، ... وشهد آخران أن هذا الغلام ابن هذا الميت ... ٣٠٠ ، ٣٠١
- فصل : إذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه ، وادعى العبد أن سيده أعتقه ... ٣٠١ ، ٣٠٢
- فصل : إذا ادعى رجل زوجية امرأة ، فأقرت بذلك ، قبل إقرارها . ٣٠٢
- فصل : إذا قال السيد لعبده : إن قتلت فأنت حر . ثم مات ، فادعى العبد أنه قتل ... ٣٠٣ ، ٣٠٤
- فصل : إذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته ، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه في مرض موته ... ٣٠٤ ، ٣٠٥
- فصل : إن خلف المريض ابنين ، ... فشهدا أنه أعتق سالماً في مرض

- موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق
 غانما ... ٣٠٥ - ٣٠٧
- فصل : إن شهد عدلان أجنبيان ، أنه
 وصى بعتق سالم ، وشهد
 عدلان وارثان أنه رجع عن
 الوصية بعتق سالم ... ٣٠٧ ، ٣٠٨
- فصل : لو شهدت بينة عادلة أنه وصى
 لزيد بثلث ماله ، وشهدت بينة
 أخرى أنه رجع عن الوصية
 لزيد ... ٣٠٨ ، ٣٠٩
- فصل : إن شهد شاهدان أنه وصى لزيد
 بثلث ماله ، وشهد واحد أنه
 وصى لعمر وثلث ماله ... ٣٠٩ ، ٣١٠
- ١٩٣٨ - مسألة : (لو كان في يده دار فادعاها رجل ،
 فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر بها
 حاضرا ، جعل الخصم فيها ، ...) ٣١٠ - ٣٢١
- فصل : إذا طلب المدعى أن يكتب له
 محضرا بما جرى ، لزمته إجابته . ٣١٣
- فصل : إذا ادعى إنسان أن أباه مات ،
 وخلفه وأخا له غائبا ، ... وترك
 دارا في يد هذا الرجل ... ٣١٣ - ٣١٥
- فصل : إذا اختلف في دار ، في يد
 أحدهما ، فأقام المدعى بينة أن
 هذه الدار كانت أمس ملكه ...
 فهل تسمع ؟ ٣١٥ ، ٣١٦

- فصل : إن ادعى أمة أنها له ، وأقام بينة ،
 ٣١٦ ، ٣١٧ فشهدت أنها ابنة أمته ...
- فصل : إذا كانت في يد زيد دار ، فادعها
 عمرو ، وأقام بينة أنه اشتراها من
 ٣١٧ خالد ...
- فصل : إذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن
 نفسه ، فادعى أنه مملوكه ،
 ٣١٧ ، ٣١٨ قبلت دعواه ، ...
- فصل : إن ادعى اثنان رق بالغ في
 أيديهما ، فأنكرهما ، فالقول
 ٣١٨ ، ٣١٩ قوله مع يمينه ...
- فصل : لو كان في يده صغيرة ، فادعى
 ٣١٩ نكاحها ، لم يقبل منه ...
- فصل : لو ادعى ملك عين ، وأقام به
 بينة ، وادعى آخر أنه باعها
 ٣١٩ ، ٣٢٠ منه ...
- فصل : لو ادعى رجل ملك دار في يد
 آخر ، وادعى صاحب اليد أنها في
 ٣٢٠ يده منذ سنتين ...
- فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر
 لفلان بألف ، وشهد أحدهما أنه
 ٣٢٠ ، ٣٢١ قضاه ، ثبت الإقرار ...
- ١٩٣٩ - مسألة : (ولومات رجل وخلف ولدين مسلما
 وكافرا ، فادعى المسلم أن أباه
 مات مسلما ، وادعى الكافر أن

- أباه مات كافرا ، فالقول قول
الكافر مع يمينه : ...) (٣٢١ - ٣٢٣
- ١٩٤٠ - مسألة : (إن أقام المسلم بينة أنه مات مسلما ،
وأقام الكافر بينة أنه مات كافرا ،
أسقطت البينتان ، ... وإن قال
شاهدان : نعرفه كان كافرا . وقال
شاهدان : نعرفه كان مسلما .
- ٣٢٣ - ٣٢٦ (فالميراث للمسلم ...)
- فصل : وإن خلف ابنا مسلما ، وأخا
كافرا ، فاختلغا في دينه حال
موته ، فالحكم فيها كالتي
قبلها ... ٣٢٥
- فصل : لو مات مسلم ، وخلف زوجة
وورثة سواها ، وكانت الزوجة
كافرة ثم أسلمت ... ٣٢٥ ، ٣٢٦
- فصل : إن أسلم أحد الابنين في غرة
شعبان ، والآخر في غرة
رمضان ، واختلفا في موت
أبيهما ، ... فالميراث بينهما ... ٣٢٦
- فصل : إن اختلفا في دار ، فادعى أحدهما
أن هذه الدار داري ، ورثتها من
أبي ، وادعى الآخر أنها داره ،
ورثتها من أبيه ... ٣٢٦
- ١٩٤١ - مسألة : (إذا ماتت امرأة وابنها ، فقال
زوجها : ماتت قبل ابنها ، فورثناها ،

ثم مات ابني ، فورثته . وقال
أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت ،
فورثناها . حلف كل واحد منهما على
إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث
الابن لأبيه ، وميراث المرأة

لأخيه وزوجها نصفين) ٣٢٦ - ٣٣٠

فصل : لو كان في يد رجل دار ، فادعت
امراته أنه أصدقها إياها ،

فأنكرها ، فالقول قوله مع يمينه . ٣٢٨ ، ٣٢٩

فصل : إذا ادعى رجل أنه أكرى بيتا في
داره لرجل شهرا بعشرة ، فادعى
الرجل أنه اكرى الدار كلها

بعشرة ذلك الشهر ... ٣٢٩ ، ٣٣٠

١٩٤٢ - مسألة : (ولو شهد شاهدان على رجل ، أنه أخذ

من صبي ألفا ، وشهد آخران على
رجل آخر ، أنه أخذ من الصبي
ألفا ، كان على ولي الصبي أن

يطالب أحدهما بالألف ...) ٣٣٠

١٩٤٣ - مسألة : (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض

الحرب ، فذكر كل واحد منهما أنه
أخو صاحبه ، جعلناهما أخوين .

وإن كانا سبيًا فادعيا بعد ذلك أن
أعتقا ، فميراث كل واحد منهما
لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن تقوم

بما ادعياه بينة من المسلمين ، فيثبت

النسب ، ويورث كل منهما من أخيه) ٣٣١ - ٣٣٣

- فصل : إن كانا مختلفي الدين ، لم يثبت النسب بإقراره ، ... ٣٣٢
- ١٩٤٤ - مسألة: (إذا كان الزوجان في البيت ، فافترقا ، أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له ، أو ... ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، وما كان يصلح لهما فهو بينهما نصفين) ٣٣٣ - ٣٣٩
- فصل : إذا كان في الدكان نجار وعطار ، فاختلفا فيما فيها ، حكم بآلة كل صناعة لصاحبها . ٣٣٥ ، ٣٣٦
- فصل : إذا اختلف المكري والمكترى في شيء من الدار ، نظرت ... ٣٣٦ ، ٣٣٧
- فصل : إذا كان الخياط في دار غيره ، فاختلفا في الإبرة والمقص ، فهي للخياط ... ٣٣٧
- فصل : إذا تنازع رجلان دابة ، أحدهما راكبها ، والآخر أخذ بزمامها ، فالراكب أولى ... ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : إن اختلف صاحب أرض ونهر ، في حائط بينهما ، فهو لهما ... ٣٣٨
- فصل : إن تنازعا عمامة ، طرفها في يد أحدهما ، وباقيها في يد الآخر ، فهما سواء ... ٣٣٩
- ١٩٤٥ - مسألة: (ومن كان له على أحد حق ، فمنعه

- منه ، وقدر له على مال ، لم يأخذ منه
مقدار حقه ؟ ...) ٣٣٩ ، ٣٤٣
- فصل : إذا ادعى إنسان على إنسان حقا ،
وأقام به شاهدين ، فلم يعرف
الحاكم عدالتهما ، فسأل حبس
غريمه ... ٣٤٢ ، ٣٤٣
- فصل : إن ادعى العبد أن سيده أعتقه
وأقام شاهدين ، ولم يعدلا ،
فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه
وبين سيده ... ٣٤٣
- كتاب العتق**
٣٤٤ - ٤١١
- فصل : العتق من أفضل القربات إلى الله
تعالى . ٣٤٤ ، ٣٤٥
- فصل : يحصل العتق بالقول والملك ،
والاستيلاء . ٣٤٥ - ٣٤٧
- فصل : إن قال لأمته : أنت طالق . ينوى
العتق به ، ففيه روايتان ... ٣٤٧ ، ٣٤٨
- فصل : إن قال لأكبر منه ، أو لمن لا يولد
لمثله : هذا ابني ... لم يعتق ، ولم
يثبت نسبه . ٣٤٨
- فصل : إن قال لأمته : أنت حرام علي .
ينوى به العتق ، عتقت . ٣٤٨
- فصل : يصح العتق من كل من يجوز
تصرفه في المال . ٣٤٨
- فصل : لا يصح من غير جائز التصرف . ٣٤٩

فصل : لا يصح العتق من غير المالك . ٣٤٩ ، ٣٥٠

١٩٤٦ - مسألة: (وإذا كان العبد بين ثلاثة ، فأعتقوه

معا ، أو... فقد صار حرا ،

٣٥٠ ، ٣٥١) وولاؤه بينهم أثلاثا (

فصل : إذا قال كل واحد من الشركاء

للعبد : إذا دخلت الدار ،

فنصيبى منك حر . فدخل ،

٣٥١ عتق عليهم جميعا .

١٩٤٧ - مسألة: (لو أعتقه أحدهم ، وهو موسر ،

عتق كله ، وصار لصاحبه عليه قيمة

٣٥١ - ٣٥٣) ثلثيه (

فصل : لا فرق في هذا بين كون الشركاء

٣٥٣ مسلمين أو كافرين ،...

١٩٤٨ - مسألة: (إن أعتقاه بعد عتق الأول ، وقبل

أخذ القيمة ، لم يثبت لهما فيه عتق ؛

٣٥٣ - ٣٥٨) لأنه صار حرا بعتق الأول له (

فصل : القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق . ٣٥٥ ، ٣٥٦

فصل : المعتبر في اليسار في هذا ، أن يكون

٣٥٦ له فضل عن قوته يومه وليلته ...

فصل : إذا قال أحد الشركين لشريكه :

إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حر

مع نصيبك . فأعتق نصيبه ،

٣٥٧ ، ٣٥٨ عتقا معا ،...

١٩٤٩ - مسألة: (إن أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه

الثاني وهو موسر ، عتق عليه نصيبه

- ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه
للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق
الثاني)
٣٥٨ - ٣٦٠
- فصل : إذا قلنا بالسعاية ، احتمل أن لا
يعتق كله ، ...
٣٦٠
- ١٩٥٠ - مسألة: (لو كان المعتق الثاني معسرا ، عتق
نصيبه منه ، وكان ثلثه رقيقا لمن لم
يعتق ، فإن مات وفي يده مال ، كان
ثلثه لمن لم يعتق ، وثلثاه للمعتق
الأول ، والمعتق الثاني بالولاء ، إذا
لم يكن له وارث أحق منهما)
٣٦١ - ٣٦٣
- فصل : من قال بالسعاية ، فإنه يستسعى
حين أعتقه الأول ، ...
٣٦١
- فصل : إذا حكمنا بعتق بعضه ورق
بعضه ، فإن نفقته في حياته ، ...
٣٦١ ، ٣٦٢
- فصل : من أعتق عبده ، وهو صحيح
جائز التصرف ، صح عتقه ...
٣٦٢ ، ٣٦٣
- ١٩٥١ - مسألة: (إذا كان العبد بين شريكين ، فادعى
كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه
منه ، فإن كانا معسرين ، لم يقبل
قول واحد منهما على شريكه ، فإن
كانا عدلين ، كان للعبد أن يحلف مع
كل واحد منها ويصير حرا ، أو
يحلف مع أحدهما ، ويصير نصفه
حرا)
٣٦٣ - ٣٦٦

- فصل : من قال بالاستسعاء ، فقد اعترف
بأن نصيبه قد خرج عن يده ، ... ٣٦٤
- فصل : إن اشترى أحدهما نصيب
صاحبه ، عتق عليه ، ... ٣٦٤ ، ٣٦٥
- فصل : كل من شهد على سيد عبد بعث
عبده ، ثم اشتراه ، عتق عليه ... ٣٦٥ ، ٣٦٦
- ١٩٥٢ - مسألة : (وإن كان الشريكان موسرين ، فقد
صار العبد حرا باعتراف كل واحد
منهما بحريته ، وصار مدعيا على
شريكه نصف قيمته ، فإن لم تكن
بينه ، فيمين كل واحد منهما لشريكه)
٣٦٦ - ٣٦٨
- فصل : إن كان أحد الشريكين موسرا ،
والآخر معسرا ، عتق نصيب
المعسر وحده ... ٣٦٧
- فصل : إن ادعى أحد الشريكين أن
شريكه أعتق نصيبه ، وأنكر
الآخر ... عتق نصيب المدعى
وحده ... ٣٦٧ ، ٣٦٨
- فصل : إذا قال أحد الشريكين : إن كان
هذا الطائر غرابا ، فنصيبى حر .
وقال الآخر : إن لم يكن غرابا ،
فنصيبى حر . وطار ، ولم يعلم
حاله ... ٣٦٨
- ١٩٥٣ - مسألة : (وإذا مات رجل ، وخلف ابنين
وعبدان ، ... ، فقال أحد الابنين :

- أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى
أعتق أحدهما ، لا أدري من منها .
أقرع بينهما ، ... (٣٦٨ ، ٣٦٩)
- فصل : إن رجع الابن الذى جهل عين
المعتق ، فقال : قد عرفته . قبل
القرعة ، فهو كما لو عينه ابتداء... ٣٦٩
- ١٩٥٤ - مسألة : (وإذا كان لرجل نصف عبد ، ولآخر
ثلثه ، ولآخر سدسه ، فأعتق صاحب
النصف وصاحب السدس معا وهما
موسران ، عتق عليهما ، و...) ٣٦٩ - ٣٧١
- ١٩٥٥ - مسألة : (إذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها
أحدهما وأحبلها ، أدب ، و...) ٣٧١ - ٣٧٣
- فصل : قال أبو الخطاب : وهل تلزمه
قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على
وجهين ... ٣٧٣
- فصل : لا فرق بين أن يكون له فى الأمة
ملك كثير أو يسير . ٣٧٣
- ١٩٥٦ - مسألة : (إذا ملك سهما ممن يعتق عليه بغير
الميراث ، وهو موسر ، عتق عليه
كله ، و...) ٣٧٣ - ٣٧٨
- فصل : إن ورث الصبى والمجنون جزءا من
يعتق عليهما ، عتق ، ولم يسر إلى
باقية . ٣٧٥ ، ٣٧٦
- فصل : إذا باع عبدا الذى رحمه وأجنبى
صفقة واحدة ، عتق كله . ٣٧٦

- فصل : إذا كانت أمة مزوجة ، ولها ابن
موسر ، فاشتراها هو وزوجها
وهي حامل منه ، صفقة
واحدة ، عتق نصيب الابن ... ٣٧٦ ، ٣٧٧
- فصل : إذا كان لرجل نصف عبيدين
متساويين في القيمة ،... فأعتق
أحدهما في صحته ، عتق ... ٣٧٧
- فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه
أعتق شركاً له في عبد ،...، ثم
رجعا عن الشهادة ... ٣٧٧
- فصل : إن شهد شاهدان على ميت بعث
عبد في مرض موته ، وهو ثلث
ماله ، فحكم حاكم بشهادتهما ...
ثم شهد آخر بعث آخر ... ٣٧٧ ، ٣٧٨
- ١٩٥٧ - مسألة : (إذا كان له ثلاثة أعبد ، فأعتقهم في
مرض موته ، أو دبرهم ، أو...
أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي
رق ، فمن وقع له سهم حرية ، عتق
دون صاحبيه) ٣٧٨ - ٣٨٩
- فصل : في كيفية القرعة . ٣٨٣ - ٣٨٦
- فصل : إن كان للمعتق مال غير العبيد ،
مثلاً قيمة العبيد أو أكثر ، عتق
العبيد كلهم ... ٣٨٦ ، ٣٨٧
- فصل : إن كان على الميت دين يحيط
بالتركة ، لم يعتق منهم شيء ... ٣٨٧

- فصل : إذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم ،...، فمات أحدهم ، أقرعنا بين الميت والأحياء ...
٣٨٨ ، ٣٨٧
- فصل : إن دبر الثلاثة ، أو وصى بعقبتهم ، فمات أحدهم في حياته ، بطل تديره ، والوصية فيد ...
٣٨٩
- ١٩٥٨ - مسألة : (ولو قال لهم في مرض موته : أحدكم حر . أو كلكم حر . ومات ، فكذلك)
٣٨٩ - ٣٩١
- فصل : لو أعتق إحدى إمائته ، ثم وطئ إحداهن ، لم يتعين الرق فيها .
٣٩٠
- فصل : إن أعتق واحداً بعينه ونسيه ،...
٣٩٠ ، ٣٩١
- ١٩٥٩ - مسألة : (وإذا ملك نصف عبد ، فدبره أو أعتقه في مرض موته ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفي بقيمة نصفه الذي لشريكه ، أعطى ، وكان كله حراً ...)
٣٩١ ، ٣٩٢
- ١٩٦٠ - مسألة : (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه ، وهو مالك ل كله)
٣٩٢ ، ٣٩٣
- فصل : فأما إن أعتق بعض عبده في مرضه ، فهو كعتق جميعه ...
٣٩٣
- فصل : إذا دبر أحد الشريكين حصته ، صح ...
٣٩٣

- ١٩٦١ - مسألة: (ولو أعتقهم ، وثلثه يحتملهم ، فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم ، بعناهم في دينه) ٣٩٣ - ٣٩٥
- فصل : إن أعتق المريض ثلاثة أعبد ، لامال له غيرهم ، ... ثم ظهر عليهم دين يستغرق نصفهم ... ٣٩٥
- ١٩٦٢ - مسألة: (لو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحدا ؛ لعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه ، عتق من أرق منهم) ٣٩٥ - ٣٩٨
- فصل : إذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه ، وجب على الوصى إعتاقه ... ٣٩٦ ، ٣٩٧
- فصل : إن علق عتق عبده على شرط في صحته ، فوجد في مرضه ، اعتبر خروجه من الثلث . ٣٩٧
- فصل : إذا أعتق عبدا ، وله مال ، فماله لسيده . ٣٩٧ ، ٣٩٨
- ١٩٦٣ - مسألة: (وإذا قال لعبده : أنت حرٌّ . في وقتٍ سماه ، لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت) ٣٩٨ - ٤٠٧
- فصل : إذا جاء الوقت وهو في ملكه ، عتق . ٣٩٩ ، ٤٠٠
- فصل : إذا قال لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط ، فأنت حر ... ٤٠٠

- فصل : إذا قال لعبده : إن دخلت الدار ،
فأنت حر . فباعه ثم اشتراه ،
٤٠٠ ، ٤٠١ ودخل الدار ، عتق .
- فصل : إذا قال لعبده مقيد : هو حر إن
حل قيده إن لم يكن في قيده بعشرة
٤٠١ أرطال ...
- فصل : إن قال لعبده : أنت حرمتي
شئت . لم يعتق حتى يشاء
٤٠١ ، ٤٠٢ بالقول .
- فصل : تعليق العتق على أداء شيء ينقسم
٤٠٢ - ٤٠٦ ثلاثة أقسام ...
- فصل : إذا قال لعبده : أنت حر ، وعليك
٤٠٦ ، ٤٠٧ ألف . عتق ، ولا شيء عليه .
- فصل : إذا علق عتق أمته بصفة ، وهي
٤٠٧ حامل ، تبعها ولدها ...
- ١٩٦٤ - مسألة : (إذا أسلمت أم ولد النصراني ، منع من
غشيانها ، والتلذذ بها ، و... ، فإن
أسلم ، حلت له ، وإذا مات ،
٤٠٧ ، ٤٠٨ عتقت)
- ١٩٦٥ - مسألة : (إذا قال لأمته : أول ولد تلدينه حر .
فولدت اثنين ، أقرع بينهما ، فمن
أصابته القرعة ، فهو حر ، إذا
٤٠٨ أشكل أولهما خروجاً)
- فصل : فإن ولدت الأول ميتاً ، والثاني
٤٠٨ حياً ...

- فصل : وإن قال لأمته : كل ولد تلدينه ،
فهو حر . عتق كل ولد
٤٠٨ ولدته ...
- فصل : فإن قال : أول غلام أملكه ، فهو
حر . انبنى ذلك على العتق قبل
٤٠٩ الملك ...
- فصل : إن قال : آخر عبد أملكه ، فهو
حر . فملك عبيدا ... ٤٠٩ ، ٤١٠
- ١٩٦٦ - مسألة : (إذا قال العبد لرجل : اشتري من
سيدي بهذا المال فأعتقني . ففعل ،
فقد صار حرا ، وعلى المشتري
أن ...) ٤١٠ - ٤١٢
- فصل : لو كان العبد بين شريكين ،
فأعطى العبد أحدهما خمسين
دينارا ، على أن يعتق نصيبه ،
٤١١ فأعتقه ، عتق ...
- فصل : لو وكل أحد الشريكين شريكه في
عتق نصيبه ، فقال الوكيل :
نصيبى حر . عتق ... ٤١١
- كتاب التدبير ٤١٢ - ٤٤٠
- ١٩٦٧ - مسألة : (إذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، ...
فقد صار مدبرا) ٤١٢ - ٤١٩
- فصل : يعتق المدبر بعد الموت من ثلث
٤١٢ المال .
- فصل : إن اجتمع العتق في المرض
والتدبير ، قدم العتق ... ٤١٢ - ٤١٤

الصفحة

- فصل : يجوز التدبير مطلقا ومقيدا . ٤١٤ ، ٤١٥
- فصل : إن قال : أنت حر بعد موتى
بشهر ، ... ٤١٥ ، ٤١٦
- فصل : إذا قال لعبده : إذا قرأت القرآن ،
فأنت حر بعد موتى ... ٤١٦ ، ٤١٧
- فصل : إذا قال لعبده : إذا مت ، فأنت
حر ، أو لا ؟ ... ٤١٧
- فصل : إذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، ... ٤١٧ ، ٤١٨
- فصل : إن دبر كل واحد منهما نصيبه ،
فمات أحدهما . ٤١٨ ، ٤١٩
- ١٩٦٨ - مسألة : (وله بيعه في الدين) ٤١٩ - ٤٢١
- ١٩٦٩ - مسألة : (لا تباع المدبرة في الدين ...) ٤٢١
- ١٩٧٠ - مسألة : (فإن اشتراه بعد ذلك ، رجع في
التدبير) ٤٢٢
- ١٩٧١ - مسألة : (ولو دبره ، ثم قال : قد رجعت في
تدبيرى ، أو أبطلته . لم يبطل ...) ٤٢٢ - ٤٢٥
- فصل : إذا قال السيد للمدبره : إذا أديت إلى
ورثتى كذا ، فأنت حر ... ٤٢٣
- فصل : إذا رهن المدبر ، لم يبطل
تدبيره ، ... ٤٢٣
- فصل : إن ارتد المدبر ، ولحق بدار الحرب .
لم يبطل تدبيره ؛ ... ٤٢٣ ، ٤٢٤
- فصل : إن ارتد سيد المدبر ، ... ٤٢٤ ، ٤٢٥
- ١٩٧٢ - مسألة : (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها ،
فولدها بمنزلتها) ٤٢٥ - ٤٢٩
- فصل : إن علق عتق أمته بصفة ، ... ٤٢٧

الصفحة

- فصل : أما ولد المدير، فحكمه حكم أمه. ٤٢٧
فصل : إذا ولدت المدبرة ، فرجع في
تدبيرها ،... ٤٢٧ ، ٤٢٨
فصل : إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها
في ولدها ،... ٤٢٨
فصل : كسب المدير في حياة سيده
لسيده ... ٤٢٨ ، ٤٢٩
١٩٧٣ - مسألة : (وله إصابة مدبرته) ٤٢٩
فصل : وابنة المدبرة كأماها ، في حل
وطئها إن لم يكن وطئ أمها . ٤٢٩
١٩٧٤ - مسألة : (ومن أنكر التدبير ، لم يحكم عليه إلا
بشاهدين عدلين ، أو شاهد ويمين
العبد) ٤٣٠ ، ٤٣١
١٩٧٥ - مسألة : (إذا دبر عبده ومات ، وله مال غائب ،
أو...، عتق من المدبر ثلثه ، و...) ٤٣١ - ٤٣٤
فصل : إن كان المدبر عبدين ، وله دين ،
يخرجان من ثلث المال ،...
أقرعنا بينهما ... ٤٣٢ ، ٤٣٣
فصل : إذا دبر عبدا قيمته مائة ، وله مائة
دينا ، عتق ثلثه ... ٤٣٣
فصل : إن دبر عبده ، وقيمته مائة ،...
وله ابنان ، وله مائتان دينا على
أحدهما ... ٤٣٣
فصل : إن دبر عبداً قيمته مائة ، وخلف
ابنين ومائتي درهم دينا على
أحدهما ... ٤٣٣ ، ٤٣٤

١٩٧٦ - مسألة: (وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره

جائزاً، إذا كان له عشر سنين ...)
 ٤٣٦ ، ٤٣٤
 فصل : ويصح منه الرجوع ، ...
 ٤٣٥
 فصل : ويصح تدبير المحجور عليه
 لسفه ...
 ٤٣٥

١٩٧٧ - مسألة: (وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)
 ٤٤٠ - ٤٣٧

فصل : أما سائر جناياته ، غير قتل
 سيده ، فلا تبطل تدبيره ...
 ٤٣٩ - ٤٣٧
 فصل : إذا دبر السيد عبده ، ثم كاتبه ،
 جاز .
 ٤٤٠ ، ٤٣٩

كتاب المكاتب

٥٧٩ - ٤٤١
 فصل : إذا سأل العبد سيده مكاتبته ،
 استحب له إجابته ...
 ٤٤٤ - ٤٤٢
 فصل : لا تصح الكتابة إلا ممن يصح
 تصرفه ...
 ٤٤٥ ، ٤٤٤
 فصل : إذا كاتب الذمي عبده المسلم ،
 صح ؛ ...
 ٤٤٦ ، ٤٤٥
 فصل : إن كاتب الحرى عبده ، صحت
 كتابته ، ...
 ٤٤٨ - ٤٤٦

فصل : إن كاتب المرتد عبده ، ...
 ٤٤٨
 فصل : وكتابة المريض صحيحة ، ...
 ٤٤٩ ، ٤٤٨

١٩٧٨ - مسألة: (إذا كاتب عبده ، أو أمته على أنجم ،

فأدبت الكتابة ، فقد صار العبد
 حراً ، وولأؤه لمكاتبه)
 ٤٥٧ - ٤٤٩

- في هذه المسألة ثلاثة فصول :
- أحدها : الكتابة لاتصح حالة ، ولا تجوز
إلا مؤجلة منجمة ... ٤٤٩ - ٤٥١
- الفصل الثاني : أنه إذا كاتبه على أنجم
معلومة ، صحت الكتابة ... ٤٥١ ، ٤٥٢
- الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع
الكتابة . ٤٥٢ - ٤٥٤
- فصل : وتجوز الكتابة على كل مال يجوز
السلم فيه . ٤٥٤ ، ٤٥٥
- فصل : وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة
مباحة ؛ ... ٤٥٥ ، ٤٥٦
- فصل : وإن كاتبه على خدمة مفردة ، في
مدة واحدة ، ... فحكمه حكم
الكتابة على نجم واحد ... ٤٥٦ ، ٤٥٧
- فصل : إذا كاتب العبد ، وله مال ، فماله
لسيده ، ... ٤٥٧
- ١٩٧٩ - مسألة : (ولاؤه لمكاتبه) ٤٥٧ ، ٤٥٨
- ١٩٨٠ - مسألة : (يعطى مما كوتب عليه الربع ؛ لقول الله
تعالى : ﴿ وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي
آتَاكُمْ ﴾) ٤٥٨ - ٤٦١
- الكلام في الإيتاء في خمسة فصول ؛ ٤٥٨
- أما الأول :: فإنه يجب على المكاتب إيتاء
المكاتب شيئا مما كوتب عليه . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- الفصل الثاني : في قدره ، وهو الربع . ٤٥٩ ، ٤٦٠
- الفصل الثالث : في جنسه . ٤٦٠ ، ٤٦١
- الفصل الرابع : في وقت جوازه ، ... ٤٦١

- ٤٦١ الفصل الخامس : في وقت وجوبه ، ...
- ١٩٨١ - مسألة : (وإن عُجِّلَت الكتابة قبل محلها ، لزم السيد الأخذ ، وعُتِقَ من وقته ...) ٤٦١ - ٤٦٥
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : فيما إذا عَجِّلَ المكاتب الكتابة قبل محلها . ٤٦١ - ٤٦٣
- فصل : إذا أحضر المكاتب مال الكتابة ، أو بعضه ، ليسلمه ، فقال السيد : هذا حرام ... ٤٦٣ ، ٤٦٤
- فصل : إذا كاتبه على جنس ، لم يلزمه قبض غيره ، ... ٤٦٤
- الفصل الثاني : إذ ملك ما يؤدي ، فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي ... ٤٦٤ ، ٤٦٥
- ١٩٨٢ - مسألة : (وإذا أدى بعض كتابته ، ومات وفي يده وفاء وفضل ، فهو لسيدته ...) ٤٦٥ - ٤٦٩
- فصل : إن مات ولم يخلف وفاءً ، ... ٤٦٧
- فصل : لا تنفسخ الكتابة بالجنون ؛ ... ٤٦٧ ، ٤٦٨
- فصل : قتل المكاتب كموته ، في انفساخ الكتابة ، ... ٤٦٨ ، ٤٦٩
- ١٩٨٣ - مسألة : (وإذا مات السيد ، كان العبد على كتابته ، وما أدى في يده ورثة سيده ، مقسوما كالميراث) ٤٦٩ ، ٤٧٠
- ١٩٨٤ - مسألة : (وولاؤه لسيدته ، وإن عجز ، فهو عبد لسائر الورثة) ٤٧٠ - ٤٧٥

الصفحة

- فصل : إن أعتقه الورثة ، صح
عتقهم ؟ ...
٤٧٢ ، ٤٧١
- فصل : إذا باع الورثة المكاتب ، أو
وهبوه ، صح ...
٤٧٢
- فصل : إن وصى السيد بمال الكتابة
لرجل ، صح .
٤٧٣ ، ٤٧٢
- فصل : إذا مات رجل ، وخلف ابنين
وعبدا ، فادعى العبد أن سيده
كاتبه ...
٤٧٣ - ٤٧٥
- ١٩٨٥ - مسألة : (ولا يُمنع المكاتب من السفر)
فصل : إن شرط عليه في الكتابة أن لا
يسافر ، ...
٤٧٧ ، ٤٧٦
- فصل : إن شرط في كتابه أن لا يسأل
الناس ...
٤٧٧
- ١٩٨٦ - مسألة : (وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده)
فصل : ليس له التسرّي بغير إذن
سيده ...
٤٧٨ ، ٤٧٩
- فصل : ليس للمكاتب أن يزوج عبده
ولأماءه ، بغير إذن سيده .
٤٧٩ ، ٤٨٠
- فصل : ليس له إعتاق رقيقه ، إلا بإذن
سيده .
٤٨٠ ، ٤٨١
- فصل : المكاتب محجور عليه في ماله ، ...
٤٨١ ، ٤٨٢
- فصل : لا يحايى المكاتب في البيع ، ...
٤٨٢
- فصل : وليس للمكاتب أن يحج إن احتاج
إلى إنفاق ماله فيه ...
٤٨٢ ، ٤٨٣

- فصل : ليس للمكاتب أن يكتب إلا بإذن سيده . ٤٨٣ ، ٤٨٤
- فصل : ليس للمكاتب أن يبيع نسيئة ، ... ٤٨٤
- فصل : للمكاتب أن يبيع ويشترى . ٤٨٤ ، ٤٨٥
- ١٩٨٧ - مسألة : (ولا يبيعه سيده درهماً بدرهمين) ٤٨٥ - ٤٨٧
- فصل : إن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين ، ... تقاصا ... ٤٨٦ ، ٤٨٧
- ١٩٨٨ - مسألة : (وليس للرجل أن يطأ مكاتبته ، إلا أن يشترط) ٤٨٧ - ٤٩٠
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : في وطئها بغير شرط ، وهو حرام ... ٤٨٧
- الفصل الثاني : إذا شرط وطأها ، فله ذلك . ٤٨٧ ، ٤٨٨
- فصل : إن وطئها مع الشرط ، فلاحد عليه ... ٤٨٨
- فصل : إن أولدها ، صارت أم ولد له ، ... ٤٨٨ ، ٤٨٩
- فصل : ليس له وطء بنتها ؛ ... ٤٨٩
- فصل : ليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبته اتفاقا ، ... ٤٨٩
- فصل : لا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ؛ ... ٤٨٩ ، ٤٩٠
- ١٩٨٩ - مسألة : (فإن وطئها ، ولم يشترط ، أدب ، ولم

- يبلغ به حد الزاني ، وكان عليه مهر
 مثلها (٤٩٠ ، ٤٩١)
- فصل : إذا وجب لها المهر ، فإن كان لم
 يحل عليها نجم ، فلها المطالبة به . ٤٩١
- ١٩٩٠ - مسألة : (فإن علقت منه ، فهي مخيرة بين العجز
 وتكون أم ولد ، وبين المضي على
 كتابتها ...) ٤٩١ - ٥٠١
- فصل : إن أعتقها سيدها ، عتقت ، ... ٤٩٢ ، ٤٩٣
- فصل : إن أتت بولد من غير سيدها بعد
 استيلادها ، فله حكمها في
 العتق ... ٤٩٣
- فصل : إذا كانت الأمة بين شريكين ،
 فكاتبها ، ثم وطئها أحدهما ،
 أدب ... ٤٩٣ - ٤٩٥
- فصل : إن وطئها جميعاً ، فقد وجب على
 كل واحد منهما مهر مثلها ... ٤٩٥ - ٤٩٧
- فصل : إن أولدها كل واحد منهما ،
 واتفقا على السابق منهما ، ... ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : وإن اختلفا في السابق منهما ، ... ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : إن وطئها معاً ، فأتت بولد ، لم
 يخل من ثلاثة أقسام ... ٥٠٠ - ٥٠٢
- ١٩٩١ - مسألة : (وإذا كاتب نصف عبد ، فأدى
 ما كوتب عليه ، و... ، صار نصفه
 حراً بالكتابة ، ...) ٥٠٢ - ٥٠٩
- فصل : إذا كان العبد كله ملكاً للرجل ،
 فكاتب بعضه ، جاز . ٥٠٤

- فصل : إذا كان العبد لرجلين ، فكاتباه
 ٥٠٥ معا ، جاز .
- فصل : ليس للمكاتب أن يؤدي إلى
 ٥٠٦ - ٥٠٨ أحدهما أكثر من الآخر ، ...
- فصل : إن عجز مكاتبيهما ، فلهما الفسخ
 ٥٠٨ والإمضاء ؛ ...
- ١٩٩٢ - مسألة : (وإذا عتق المكاتب ، استقبل بما في يده
 من المال حولا ، ثم زكاه ، إن كان
 ٥٠٩ ، ٥١٠ نصابا)
- ١٩٩٣ - مسألة : (وإذا لم يؤدي نجما حتى حل نجم آخر ،
 عَجَزَه السيد ، وعاد عبدا غير
 ٥١٠ - ٥١٥ مكاتب)
- فصل : أما إن حل نجم واحد ، فعجز عن
 ٥١١ ، ٥١٢ أدائه ، ...
- فصل : إذا حل النجم ، وماله حاضر
 ٥١٢ ، ٥١٣ عنده ، طوّل بأدائه ...
- فصل : إذا حل النجم والمكاتب غائب
 ٥١٣٠ بغير إذن سيده ، فله الفسخ .
- فصل : إذا دفع العوض في الكتابة ، فبان
 ٥١٣ ، ٥١٤ مستحقا ، ...
- ١٩٩٤ - مسألة : (وما قبض من نجوم كتابته ، استقبل به
 ٥١٥ حولا)
- ١٩٩٥ - مسألة : (وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل
 كتابته ، فإن عجز ، كان سيده
 مخيرا بين أن يفديه بقيمته إن كانت

الصفحة

- أقل من جنايته ، أو يسلمه) ٥١٥ - ٥٢٥
 فصل : إذا جنى المكاتب جنایات ،
 ٥١٧ ، ٥١٨ تعلق برقبته ، ...
 فصل : إن جنى المكاتب على سيده فيما
 ٥١٨ ، ٥١٩ دون النفس ، ...
 فصل : إذا اجتمع على المكاتب أرش
 ٥١٩ ، ٥٢٠ جناية ، وثمن مبيع ، ...
 فصل : إذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية
 ٥٢٠ توجب القصاص ، ...
 فصل : إن ملك المكاتب ابنه ، أو بعض
 ٥٢٠ - ٥٢٢ ذوى رحمه المحرم ، ...
 فصل : وإن جنى عبد المكاتب على
 ٥٢٢ بعض ، ...
 فصل : وإن جنى عبد المكاتب عليه
 جناية ، موجبها المال ، كانت
 ٥٢٢ هدرا .
 فصل : إذا جُنِيَ على المكاتب فيما دون
 ٥٢٢ - ٥٢٤ النفس ، ...
 فصل : إذا مات المكاتب ، وعليه
 ٥٢٤ ، ٥٢٥ ديون ، ...
 ١٩٩٦ - مسألة : (وإذا كاتبه ، ثم دَبَّرَهُ ، فإذا أدى ،
 صار حرا ، وإن مات السيد قبل
 الأداء ، عتق بالتدبير ، إن حمل
 الثلث ، مابقى عليه من كتابته ،
 ٥٢٥ - ٥٢٩ وإلا عتق منه بمقدار الثلث ، و...)

- فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى
عجزت بعد موتى، فأنت حر... ٥٢٦
- فصل : إذا كاتب عبدا في صحته ، ثم
أعتقه في مرض موته ... ٥٢٦ - ٥٢٨
- فصل : إن وصى سيده بإعتاقه ، ... ٥٢٨ ، ٥٢٩
- ١٩٩٧ - مسألة : (وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته ،
وأق بشاهد ، حلف مع شاهده ،
وصار حرا) ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : إن لم يكن للعبد شاهد ، وأنكر
السيد ، ... ٥٢٩
- فصل : إن أقر السيد بقبض ماله
الكتابة ، ... ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : إذا أبرأه السيد من مال
الكتابة ، ... ٥٣٠
- ١٩٩٨ - مسألة : (ولا يُكْفَرُ المكاتب بغير الصوم) ٥٣٠ ، ٥٣١
- ١٩٩٩ - مسألة : (وولد المكاتبه الذين ولدتهم في
الكتابة ، يعتقون بعقدها) ٥٣١ - ٥٣٤
- فصل : أما ولد ولدها فإن ابنها حكمه
حكم أمه ؟ ... ٥٣٤
- ٢٠٠٠ - مسألة : (ويجوز بيع المكاتب) ٥٣٥ - ٥٣٧
- فصل : تجوز هبة المكاتب ، والوصية
به ، ... ٥٣٧
- ٢٠٠١ - مسألة : (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ،
فإذا أدى صار حرا و ...) ٥٣٧ - ٥٤٣
- فصل : أما بيع الدين الذي على المكاتب
من نجومه ، فلا يصح . ٥٣٨ - ٥٣٩

- فصل : إذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعها
في الكتابة ، فباعهما معا ،
٥٣٩ صح .
- فصل : إن وصى بالمكاتب لرجل ، ... ،
٥٤٠ فصل : إن وصى بكتابته لرجل ، ... ،
٥٤١ ، ٥٤٠ فصل : إن وصى بمال الكتابة لرجل ،
٥٤١ وبرقبته لآخر ...
- فصل : إذا كانت الكتابة فاسدة ،
فأوصى لرجل بما في ذمة
٥٤١ المكاتب ...
- فصل : تصح الوصية لمكاتبه ؛ ... ،
٥٤٣ ، ٥٤٢ ٢٠٠٢ - مسألة : (وإذا اشترى المكاتب أباه ، أو ... ، لم
يعتقوا حتى يؤدي وهم في ملكه ،
٥٤٣ - فإن عجز فهم عبيد لسيده)
- الكلام في هذه المسألة في فصلين ؛
أحدهما : أنه يصح أن يشتري من ذوى
أرحامه من يعتق عليه ، بغير إذن
٥٤٤ سيده ...
- الفصل الثاني : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه
لهم ؛ ... ،
٥٤٥ ، ٥٤٤ فصل : وكسبهم للمكاتب ، ... ،
٥٤٥ فصل : إن وهب له بعض ذوى رحمه ، فله
قبوله ، ... ،
٥٤٥ فصل : يجوز أن يشتري المكاتب امرأته ،
٥٤٥ والمكاتبة زوجها .

- فصل : إذا زوّج السيد ابنته من مكاتبه
برضاه ، ثم مات السيد ... ٥٤٦
- ٢٠٠٣ - مسألة: (وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم ، فقال : ييعوفى نفسى بها . فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتابا ، أنكر أحدهم ...) ٥٥٢-٥٤٧
- فصل : إذا كان العبد بين شريكين ، فكاتباه بمائة ، فادعى دفعها إليهما ، وصدقاها ، عتق ... ٥٥٠ ، ٥٤٩
- فصل : إن ادعى العبد دفع المائة إلى أحدهما ، ليدفع إلى شريكه حقه ... ٥٥١ ، ٥٥٠
- فصل : إن اعترف المدعى بقبض المائة ، على الوجه الذى ادعاه المكاتب ، وقال : قد دفعت إلى شريكى نصفها ... ٥٥٢ ، ٥٥١
- ٢٠٠٤ - مسألة: (وإذا قال السيد : كاتبك على ألفين ، وقال العبد : على ألف . فالقول قول السيد مع يمينه) ٥٥٥-٥٥٢
- فصل : إن اختلفا في أداء النجوم ... ٥٥٣
- فصل : إن كاتب عبدين ، واستوفى من أحدهما ، ولم يدر من أيهما استوفى ... ٥٥٤ ، ٥٥٣
- فصل : إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده : فقال سيده ، قد أدى إلى ... ٥٥٥ ، ٥٥٤
- ٢٠٠٥ - مسألة: (وإذا أعتق الأمة ، أو كاتبها ، وشرط ما فى بطنها ، أو أعتق ما فى بطنها دونها ، فله شرطه) ٥٥٧-٥٥٥
- ٢٠٠٦ - مسألة: (ولا بأس أن يجعل المكاتب لسيده بعض كتابته ، ويضع عنه بعض كتابته) ٥٥٧ -
- فصل : إن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدين ... ٥٥٨

الصفحة

- فصل : وإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته
بغير جنسه ، ... ٥٥٩
- ٢٠٠٧ - مسألة: (وإذا كان العبد بين شريكين ، فكاتب
أحدهما ...) ٥٦١، ٥٦٠
- فصل : وإن كان المعتق معسرا ، لم يسر
عتقه ، وكان نصيبه حرا ، وباقيه
على الكتابة ، فإن أدى ... ٥٦١
- فصل : ونقل عن أحمد ، رضى الله عنه ، أنه
سئل عن عبد بين شريكين ، فكاتباه
على ألف درهم ، ... ٥٦٢، ٥٦١
- ٢٠٠٨ - مسألة: (وإذا عجز المكاتب ، ورد في الرق ، وكان
قد تصدق عليه بشيء ، فهو لسيدته) ٥٦٣، ٥٦٢
- فصل : وأما ما أذاه إلى سيده قبل عجزه ، فلا
يجب رده بحال ... ٥٦٣
- فصل : وموت المكاتب قبل الأداء
كعجزه ، ... ٥٦٣
- ٢٠٠٩ - مسألة: (وإذا اشترى المكاتبان ، كل واحد منهما
الآخر ، صح شراء الأول وبطل شراء
الآخر) ٥٦٩-٥٦٣
- فصل : فإن لم يُعْلَم السابق منهما ، فقال أبو
بكر : يبطل البيعان ، ... ٥٦٥، ٥٦٤
- فصل : وإذا كاتب عبيدا له ، صفقة
واحدة ، بعوض واحد ، ... ٥٦٧-٥٦٥
- فصل : إذا مات بعض المكاتبين ، سقط قدر
حصته ... ٥٦٧
- فصل : وإن أدى أحد المكاتبين عن
صاحبه ، ... ٥٦٨، ٥٦٧
- فصل : ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة ... ٥٦٨

- فصل : وإن أدوا ما عليهم ، أو بعضه ، ثم
اختلقوا ، ... ٥٦٨
- فصل : وإن جنى بعضهم ، فجنايته عليه دون
صاحبه ... ٥٦٩
- ٢٠١٠ - مسألة : (وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء ،
فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل) ٥٧٢-٥٦٩
- فصل : وإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه
دون ورثته ... ٥٧١
- فصل : وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد
العتق ، ... ٥٧١
- فصل : وإذا كاتبه على ألفين ، في رأس كل
شهر ألف ... ٥٧٢ ، ٥٧١
- ٢٠١١ - مسألة : (وإذا أسر العدو المكاتب ، فاشتراه رجل ،
فأخرجه إلى سيده ، فأحب أخذه بما
اشتراه ، فهو على كتابته . وإن لم يحب
أخذه ، فهو على ملك مشتريه ، مبقى
على ما بقى من كتابته ، يعتق بالأداء ،
وولأؤه لمن يؤدي إليه) ٥٨٠-٥٧٢
- فصل : وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها
مع الكفار ؟ ... ٥٧٣
- فصل : وإن حبسه سيده مدة ، فقد أساء ،
ولا يحتسب عليه بمدته ... ٥٧٤ ، ٥٧٣
- فصل : وإذا وصى بأن يكاتب عبده ،
صحت الوصية ، ... ٥٧٥ ، ٥٧٤
- فصل : فإن قال : كاتبوا أحد رقيقى .
فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم ... ٥٧٥
- فصل : والكتابة الفاسدة ، أن يكاتبه على
عوض مجهول ، ... ٥٧٩-٥٧٥

٦٠٨-٥٨٠

كتاب عتق أمهات الأولاد

فصل : فإذا وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد

٥٨٤-٥٨١

وطئه بستة أشهر فصاعداً ، ...

٥٨٤

فصل : وإن اعترف بوطئه أمته في الدبر ، ...

٥٨٩-٥٨٤

٢٠١٢ - مسألة : (وأحكام أمهات الأولاد ، أحكام الإماء ،

في جميع أمورهن ، إلا أنهن لا يبعن)

فصل : ومن أجاز بيع أم الولد ، فعلى قوله ،

إن لم يبعها حتى مات ، ولم يكن له

٥٨٩، ٥٨٨

وارث إلا ولدها ، عتقت عليه ...

٢٠١٣ - مسألة : (وإذا أصاب الأمة ، وهي في ملك غيره ،

بنكاح ، فحملت منه ، ثم ملكها حاملاً ،

٥٩٤-٥٨٩

عتق الجنين ، وكان له يبعها)

فصل : قال أحمد ، رضى الله عنه ، في من

اشتري جارية حاملاً من غيره ،

٥٩١

فوطئها قبل وضعها ، ...

فصل : إذا وطئ الرجل جارية ولده ، فإن

كان قد قبضها ، وتملكها ، ولم يكن

٥٩٣-٥٩١

الولد ووطئها ، ...

فصل : إن كان الولد قد وطئ جارية ، ثم

٥٩٣

وطئها أبوه فأولدها ، ...

فصل : إن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه ، فهو

زاني ، يلزمه الحد إذا كان عالماً

٥٩٤

بالتحريم ...

فصل : وإن زوج أمته ثم ووطئها ، فقد فعل

٥٩٤

محرم ، ...

فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع ، أو

٥٩٤

أخته أو ابنته ، لم يحل له وطؤها .

٢٠١٤ - مسألة : (وإذا علقت منه بحر في ملكه ، فوضعت

بعض ما يتبين فيه خلق الإنسان ، كانت

٥٩٧-٥٩٥

له بذلك أم ولد)

- ٢٠١٥ - مسألة: (وإذا مات ، فقد صارت حُرَّة ، وإن لم يملك غيرها)
٥٩٩-٥٩٧
فصل : لا فرق بين المسلمة والكافرة ،
والعفيفة والفاجرة ، ...
٥٩٩ ، ٥٩٨
- ٢٠١٦ - مسألة: (وإذا صارت الأمة أم ولدٍ ، بما وصفنا ، ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها)
٦٠٠-٥٩٩
فصل : أما ولد أم الولد قبل استيلادها ، وولد المدبرة قبل تدبيرها ، والمكاتبه قبل كتابتها ، فلا يتبعها ، ...
٦٠٠
- ٢٠١٧ - مسألة: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني ، منع من وطنها والتلذذ بها ، وأجبر على نفقتها ، فإذا أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت)
٦٠١ ، ٦٠٠
- ٢٠١٨ - مسألة: (وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها ، فما كان في يدها من شيء ، فهو لورثة سيدها)
٦٠٢ ، ٦٠١
- ٢٠١٩ - مسألة: (ولو أوصى لها بما في يدها ، كان لها ، إذا احتمله الثلث)
٦٠٢
فصل : وإن وصى للمدبرة أو مدبرته ، صححت الوصية أيضا ...
٦٠٢
- ٢٠٢٠ - مسألة: (وإذا مات عن أم ولده ، فعدتها حيضة)
٦٠٣
- ٢٠٢١ - مسألة: (وإذا جنت أم الولد ، فداها سيدها بقيمتها أو دونها)
٦٠٤ ، ٦٠٣
فصل : إذا ماتت قبل فدائها ، فلا شيء على سيدها ، ...
٦٠٤
- ٢٠٢٢ - مسألة: (فإن عادت فجنت ، فداها ، كما وصفت)
٦٠٤
فصل : إن أبرأ بعضهم من حقه ، توفر

الصفحة

- ٦٠٥ الواجب على الباقيين ، ...
- ٢٠٢٣ - مسألة: (ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة) ٦٠٥
- ٢٠٢٤ - مسألة: (وله تزويجها ، وإن كرهت) ٦٠٦
- ٢٠٢٥ - مسألة: (ولاحد على من قذفها) ٦٠٦
- ٦٠٧ فصل: لايجب القصاص على الحرة بقتلها، ...
- ٢٠٢٦ - مسألة: (وإن صلت مكشوفة الرأس ، كره لها ذلك ، وأجزأها) ٦٠٧
- ٢٠٢٧ - مسألة: (وإذا قتلت أم الولد سيدها ، فعليها قيمة نفسها) ٦٠٨، ٦٠٧

آخر الجزء الرابع عشر
وهو آخر الكتاب
ويليه الجزء الخامس عشر
وفيه الفهارس العامة
والحمد لله حق حمده